



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

El pacto arbitral ficto o presunto en el derecho del consumidor: interpretación pro consumidor

Julio César Ruíz Muñoz

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2018

El pacto arbitral ficto o presunto en el derecho del consumidor: interpretación pro consumidor

Julio César Ruíz Muñoz

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho

Director:

Ph. D. en Derecho Fredy Andrei Herrera Osorio

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D.C., Colombia

2018

A mi familia que son fuente de mi inspiración, quienes son luz en mis propósitos de vida y me apoyan incondicionalmente en los proyectos que emprendo; quienes siempre me alientan para seguir adelante.

A la Universidad Nacional que es el faro por excelencia del conocimiento en Colombia y que representa la unidad en la diversidad; constructiva, pluralista, crítica y analítica.

A mis profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, por su invaluable aporte, su dedicación, estudio y entrega, por su excelencia académica que enseña que el ideal siempre está más allá.

Resumen

El objetivo del presente estudio es evaluar si el *pacto arbitral ficto o presunto* en el arbitraje nacional menoscaba algunas garantías y derechos del consumidor final como parte débil de la *relación jurídica asimétrica* en el derecho del consumidor, frente a la justicia ordinaria estatal regulada en el Código General del Proceso. El *pacto arbitral ficto o presunto* se configura si una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no lo niega expresamente ante el juez o el tribunal arbitral, de forma que se entiende probada su existencia ante el silencio o la inacción, para resolver, en esos casos, en la justicia privada el litigio de la *relación de consumo* regulada en Colombia que se concreta en el *contrato por adhesión* con cláusulas predispuestas por el oferente, sin que exista discusión y sólo la alternativa de contratar o no, limitándose por doble vía el ejercicio de la libertad del individuo que se concreta en la autonomía de la voluntad y deviene en la *autonomía contractual*, elemento imprescindible para que surjan las relaciones jurídicas a través de los negocios jurídicos. El análisis es dogmático a partir de la hermenéutica crítica para plantear una solución de *lege lata* a través de una interpretación plausible conforme el marco constitucional, los principios generales del derecho, las normas aplicables y la doctrina de los tratadistas siendo una tarea descriptiva incluyendo el componente prescriptivo o normativo de la interpretación *pro consumatore*. De la evaluación de las garantías procesales seleccionadas, se establece que la *doble instancia* es garantista en la justicia ordinaria, que es más célere la justicia arbitral y que la gratuidad se podría equiparar en ambos procesos a través de la institución jurídico procesal del *amparo de pobreza* bajo la salvedad que en materia arbitral queda sujeto a lo que disponga el tribunal sobre costas y siendo entonces equiparable a través del *arbitraje social* con la anotación que está supeditado a la cuantía y al porcentaje de casos resueltos por el centro arbitral y

en el caso del costo en el acceso a la justicia es menos costosa la justicia estatal conforme el análisis comparativo de los flujos de pagos por medio del Valor Presente Neto (V.P.N.).

Palabras clave: amparo de pobreza, arbitraje social, autonomía de la voluntad, celeridad, contrato de adhesión, doble instancia, gratuidad, pro consumidor, relación jurídica asimétrica, pacto arbitral ficto o presunto

Abstract

The objective of this study is to evaluate if the so called *pacto arbitral ficto o presunto* in the national arbitrament undermines the customer's rights or guarantees as the weakest part of the asymmetrical legal relationship in consumer protection law, facing ordinary justice as it is regulate in the General Process Code. The *pacto arbitral ficto o presunto* is present if one part invokes the existence of an arbitral agreement, whereas the other part does not explicitly deny it before the arbitral judge or court, therefore its existence is presumed for the silence or inaction to resolve, in these cases, before the private justice the litigation of the consumer relationship that is regulated in Colombia that is specified in contracts by adhesion with clauses already predisposed by the offerer, without a third alternative between contracting or not, limiting by double way the exercise of freedom of the individual that is specified in the autonomy of will and becomes the contractual autonomy, essential element for legal relationship to occur through legal business. This analysis is dogmatic from the critical hermeneutics to propose a solution *lege lata* through a plausible interpretation according to the constitutional, framework, the general principles of law, the applicable norms and the doctrine of writers being a descriptive task including the prescriptive or normative component of interpretation *pro consumatore*. From the evaluation of the selected procedural guarantees, it is established that double instance is a guarantor in the ordinary courts, that the arbitral justice is faster and that the gratuity is equated in both processes through the legal processal institution of the protection of poverty, apart from arbitral issues are under the court's decision about expenses, and depending on the amount of processes and magnitude of it, social arbitrament- and in the case of the cost of the fees for technical defense, state justice is less expensive according to the analysis of the payment flows comparatively by means of the Net Present Value (NPV).

Keywords: autonomy will, asymmetrical legal relationship, contracts by adhesion, double instance, gratuity, fastness, *pacto arbitral ficto o presunto*, protection of poverty, *pro consumatore*, social arbitrament

Contenido

	Pág.
Resumen.....	VII
Lista de tablas.....	XIII
Introducción	1
Capítulo 1 Del arbitraje, el pacto arbitral y el pacto ficto o presunto en el derecho de consumo	7
1.1 El arbitraje y el pacto arbitral – aspectos generales	8
1.1.1 Principios fundamentales que gobiernan el pacto arbitral: autosuficiencia, autonomía, Kompetenz-Kompetenz y habilitación arbitral	13
1.2 El pacto arbitral ficto o presunto – Reconocimiento en Colombia: trámite legislativo	15
1.2.1 El pacto arbitral ficto o presunto y los medios de prueba	21
1.3 Contrato de consumo y pacto arbitral	23
1.3.1 Relación de consumo en Colombia – Consumidor – Opción de Pacto arbitral como cláusula de opción	26
1.3.2 Arbitraje social	29
2. Capítulo 2 La autonomía de la voluntad en el arbitraje ficto o presunto en el derecho de consumo	35
2.1 La libertad y la autonomía contractual del consumidor	40
2.1.1 Declaración de la manifestación de la voluntad	41
2.1.2 El pacto tácito: Teoría de los Actos Propios – <i>Stoppel</i> y <i>Verwirkung</i>	44
2.2 Mecanismos sustanciales de protección al consumidor – Garantismo - Justicia Distributiva - Normas tuitivas	49
2.2.1 Contrato por adhesión	52
2.2.2 Contratos de adhesión y cláusulas abusivas	57
2.3 Mecanismos procesales de protección al consumidor	66
2.3.1 El proceso como mecanismo de protección al sujeto débil de la relación jurídica asimétrica	66
2.3.2 Algunos procesos de protección al consumidor	67
2.3.3 El principio de la doble instancia como instrumento de protección de derechos – Gratuidad y celeridad para el acceso a la justicia y pronta resolución del litigio	76
3. Capítulo 3 La interpretación pro consumidor del pacto arbitral ficto o presunto en la relación jurídica asimétrica del contrato de consumo.....	105

3. El garantismo como forma de entendimiento de la igualdad para sustentar la interpretación a favor del consumidor – Afectación de la autonomía de la voluntad en el pacto arbitral ficto o presunto	107
3.1 Interpretación pro consumidor del pacto arbitral ficto o presunto en el contrato de consumo formado por adhesión – Pactos abusivos en relaciones jurídicas asimétricas – Pacto arbitral ficto o presunto como cláusula de opción	114
3.1.1 Interpretación pro consumidor del pacto arbitral ficto o presunto	115
3.1.2 Interpretación pro consumidor: pactos abusivos en relación jurídica asimétrica	116
3.1.3 El pacto arbitral ficto o presunto como cláusula de opción	119
3.2 Garantías procesales en el pacto arbitral ficto o presunto – Afectación de garantías fundamentales? – Beneficios del arbitraje	122
3.2.1 La garantía de la doble instancia: análisis comparativo	122
3.2.2 La celeridad: más célere el arbitraje	124
3.3.3. La gratuidad del proceso en sí – Análisis de los costos para el acceso a la justicia: <i>agencias en derecho</i> en la justicia ordinaria y honorarios en la justicia arbitral y de apoderamiento en ambas	125
3.3.3.1. Análisis comparativo de los costos reglados de acceso a la justicia	127
3.3.3.2. Costos reglados de honorarios de apoderamiento, de honorarios arbitrales y de <i>agencias en derecho</i>	128
3.3.3.3. Evaluación económica del costo de acceso a la justicia estatal y arbitral	132
4. Conclusiones	141
Bibliografía	147

Lista de tablas

Pág.

Tabla 1 Topes legales de honorarios arbitrales.....	129
Tabla 2 Tarifas para tres (3) árbitros. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.....	130
Tabla 3 Tarifas para árbitro único. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.....	131
Tabla 4 Cuantías litigiosas – Tarifas de honorarios arbitrales: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.....	132
Tabla 5 Cálculo del costo de honorarios por arbitraje – Proceso equivalente a mínima cuantía de la justicia estatal – <i>arbitraje social</i>	133
Tabla 6 Evaluación económica a través del Valor Presente Neto -V.P.N. - del costo incurrido en el proceso ordinario estatal.....	136
Tabla 7 Evaluación económica a través del Valor Presente Neto -V.P.N. - del costo incurrido en el proceso arbitral.....	136

Introducción

Colombia introdujo el *pacto arbitral ficto o presunto* en la Ley 1563 de 2012 que modificó la legislación en materia de arbitraje nacional e internacional disponiendo que durante el traslado de la demanda o de su contestación o de las excepciones previas puede invocarse la existencia del pacto arbitral y si la otra parte no la niega expresamente ante los jueces o el tribunal de arbitraje *se entiende válidamente probada* su existencia.

Por definición legal el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a *asuntos de libre disposición* o aquellos que la ley autorice.

El pacto arbitral exige que se convenga por acuerdo escrito, previo o posterior al surgimiento de la controversia, donde las partes expresen su consentimiento; la ritualidad que sea escrito se releva en el pacto arbitral ficto o presunto al disponer que basta que se alegue por una parte y la otra no niegue su existencia, para que se entienda válidamente probado.

El *pacto arbitral ficto o presunto* tiene alcance general por lo que en el caso del derecho de consumo su aplicación adquiere relevancia jurídica en razón de la *relación jurídica asimétrica* que surge en el contrato de consumo entre consumidores y proveedores, en la que cada una de las partes tiene condiciones distintas.

El problema objeto de investigación consiste en determinar si las garantías procesales de la parte débil de la relación jurídica sustancial en el *pacto ficto o presunto* se ven limitadas o restringidas, por tener que hacerse parte en un proceso que no goza de todas las posibilidades y garantías que tiene previstas el Código General del Proceso¹ tratándose de procesos de conocimiento.

¹ Entró en vigencia, en su totalidad, el 1 de enero de 2016. Acuerdo PSAA15 10392 del 1 de octubre de 2015 del Consejo Superior de la Judicatura. (Derogó el acuerdo PSAA14 10155 del 28 de mayo de 2014 que había suspendido el cronograma de implementación del C.G.P.). El literal c) del artículo 626 C.G.P. (Ley 1564 de 2012), dispuso que a

Para los fines del presente estudio y para la delimitación de su objeto y alcance, resulta de capital importancia el análisis de la garantía constitucional y procesal de la *doble instancia*, y el acceso a la justicia y la pronta resolución del litigio, vistos a través de la *gratuidad* o su costo y la *celeridad*.^{2 3}

Sin embargo es vital en el estudio la garantía sustancial en punto al *consentimiento* por ser éste fundamental en el ejercicio de la *autonomía de la voluntad* para adquirir derechos y contraer obligaciones en la relación contractual y en desarrollo de ésta, lo atinente a la eventual abusividad en la estipulación.

De lo expuesto, surge el siguiente interrogante: ¿El pacto arbitral que se puede denominar *ficto o presunto* establecido en el arbitraje nacional,⁴ podría menoscabar las garantías y los derechos de los sujetos débiles en la relación jurídico sustancial asimétrica en el derecho del consumidor frente al procedimiento consagrado en el Código General del Proceso?.

Tal problema jurídico adquiere relevancia de surgir controversias entre las partes de la *relación de consumo*, si como lo establece la ley, dentro del término de traslado de la demanda o de su contestación o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia del pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia del pacto arbitral.

Es así que ante la acción que tiene tanto el proveedor como el consumidor, quien se crea lesionado en sus intereses promoverá la respectiva acción por parte del proveedor para resolver el incumplimiento o por parte del consumidor para obtener reparación o las

partir de la entrada en vigencia de esta ley, en los términos del numeral 6 del artículo 627, queda derogado el Código de Procedimiento Civil

² La justicia arbitral excluye garantías, actos o instituciones jurídico procesales como la *prejudicialidad*, la *doble instancia* (en algunos casos), la *agencia oficiosa*, las *excepciones previas*², *restringe los medios de impugnación*, los *efectos del amparo de pobreza no son plenos* y no contempla el *desistimiento tácito*.

³ Por expresa disposición legal, **no son procedentes las excepciones previas ni los incidentes**; salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso, conforme el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012. El artículo 79 de la ley de arbitraje dispone que: El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral.

⁴ Parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012: Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.

acciones de protección al consumidor ante la autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, y en tales casos si el proveedor invoca la existencia del pacto arbitral y el consumidor no la niega expresamente, por las razones que fueren tales como su ignorancia sobre dichos asuntos, este se verá convocado al arbitraje, por la configuración del *pacto arbitral ficto o presunto*.

Por tanto, para resolver el interrogante enunciado es menester acudir a los fundamentos teóricos, legales, jurisprudenciales y doctrinales, unos como marco del entorno del asunto, otros como sustento o justificativos del mismo, relativos al arbitraje en Colombia y su relación con la autonomía de la voluntad, así como sustentar que el *consumidor* se configura como sujeto débil al tener que acogerse al contrato de consumo por adhesión en la que no existe la opción de discutir las condiciones contractuales. A continuación un esbozo del marco general aplicable en Colombia sobre la materia.

En Colombia se constitucionalizó la facultad de administrar justicia en la condición de *árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley*, como lo contempla nuestra Constitución Política en el artículo 116 para investir *pro tempore* la función de administrar justicia a particulares.^{5 6 7}

En cuanto al desarrollo legal se dispuso el arbitraje en asuntos de *libre disposición* a diferencia del régimen anterior que lo autorizaba para los conflictos de *carácter transigible*, regulando dos tipos de arbitraje *ad hoc* si es conducido directamente por los árbitros o *institucional* si se hace a través de un centro de arbitraje.

Considerando el desarrollo del pacto arbitral ficto o presunto, enmarcado dentro del arbitraje para profundizar su aplicación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, donde muta la manifestación de la voluntad de lo escrito a lo presunto ha de aludirse a los efectos sobre aquella.

⁵ Colombia - Corte Constitucional en la sentencia C-98/01 interpretó el alcance de esta institución y al respecto indicó: "Sin embargo, la intervención del legislador en esta materia, pese a ser discrecional, no puede convertir en inane la opción que el Constituyente otorgó a los sujetos involucrados en un conflicto de acceder a mecanismos alternos de administración de justicia, como tampoco puede privilegiar el uso de éstos, al punto de dejar la resolución de asuntos vitales para el Estado y para el interés general a la decisión de particulares que sólo transitoriamente y para un caso concreto, pueden administrar justicia."

⁶ Colombia - Corte Constitucional en la sentencia C-294/95 consideró que: "Están excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer."

⁷ Colombia - Corte Constitucional en la sentencia C-1436/2000 señaló que: "los particulares investidos facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos."

Por tanto y bajo el supuesto que el derecho concibe a la *parte débil* en la *relación jurídica asimétrica*, se recurre al planteamiento del derecho y las garantías; al respecto el maestro Luigi Ferrajoli expone, entre otros, que la garantía de los *derechos fundamentales* permite salvaguardar a la parte débil.

Visto lo anterior es necesario aludir al *principio de habilitación* que cobra importancia en el caso del pacto arbitral ficto o presunto. El *principio de voluntariedad o libre habilitación* que permite a los árbitros decidir la controversia fundado sobre el acuerdo de las partes. En tal sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-170 de 2014⁸ afirma que la autoridad de los árbitros se funda en la **existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre** entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares.

Dado que en el pacto arbitral ficto o presunto el *principio de voluntariedad o habilitación* al no ser expreso, obliga a estudiar tanto los efectos en el contrato por adhesión y la protección al consumidor, entre otros, mediante las cláusulas abusivas dispuestas en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, cuando el pacto es utilizado por el productor o proveedor en contra del consumidor, al ejercer la acción de conocimiento, por ejemplo, para resolver el contrato por incumplimiento o la rescisión por lesión enorme.

Los anteriores planteamientos acerca del consumidor como sujeto de derecho hacen relación con la autonomía de la voluntad en la relación negocial jurídica que se desarrolla a través del principio de la libertad.

En cuanto a la metodología aplicada en esta investigación es la de la *hermenéutica crítica*, como lo plantea el profesor Dr. Oscar Mejía Quintana “(...) *para alcanzar una interpretación más amplia y profunda de la realidad del hombre, abriendo así la posibilidad –gracias particularmente a los planteamientos dialécticos, si bien la categoría de “aplicación” también lo hace desde la hermenéutica– de asumir la transformación de lo comprendido como un momento necesariamente complementario al estrictamente conceptual (...)*”;⁹ de manera que se pueda deconstruir el fundamento que subyace en la

⁸ Colombia – Corte Constitucional en la providencia C-170 de 2014 efectuó el juicio de constitucionalidad del parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, norma que regula la intervención de otras partes y terceros. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/El_pacto_arbitr2014/C-170-14.htm

⁹ MEJÍA, Quintana Oscar. Elementos para una hermenéutica crítica: una aproximación al problema del método en las ciencias sociales y el derecho. Revista Pensamiento Jurídico N°39, enero-junio, Bogotá, 2014, pág. 15-53. Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/42822/1/45229-218681-2-PB.pdf>

teoría que soporta el tema de investigación y se pueda repensarlo para proponer una interpretación de la relación de las partes en el derecho de consumo dentro del ámbito colombiano.

El análisis es dogmático al plantear que la solución al problema jurídico se enfoca bajo la interpretación conforme el marco constitucional, los principios generales del derecho, las normas aplicables y la doctrina de los tratadistas. Como lo señala el tratadista Courtis¹⁰ la tarea del presente estudio es *descriptiva* en el sentido de postular como plausible una interpretación determinada del contenido del derecho positivo y, afirma, que también tiene un componente *prescriptivo o normativo* pues presenta una interpretación para preferirla sobre otras, tarea que denomina de *lege lata* pues son problemas interpretativos del que se deriva solución adecuada *racionalmente derivable de ese derecho*.

La estructura de la investigación dogmática como lo plantea el doctrinante Courtis¹¹, implica el *planteamiento del problema* que ya se indicó, luego discutir la *naturaleza de la indeterminación* que en este caso corresponde a un problema de conflicto de principios aplicables, y luego *la presentación de la alternativa de solución al caso controvertido*, que para el presente estudio es la de ofrecer una interpretación sobre una norma, si bien ya no tan reciente, si es una norma sobre la que aún no ha habido posiciones encontradas, y es posible adelantar solución a problemas interpretativos y su *demonstración*.

En cuanto a las fuentes de análisis, el tratadista Courtis propone separarlas en *materiales y métodos*; en relación con el primero, alude a la *historia, el derecho comparado, la jurisprudencia y la doctrina*, esta última sería el material del presente estudio. Sobre el segundo, esto es, los *métodos*, es el *análisis sistemático* del tipo *sistemático horizontal* al considerar normas situadas en un mismo plano normativo, por contraposición al *sistemático vertical* aplicable en la dogmática del *derecho público* y del denominado *derecho social (administrativo, electoral, internacional en su aplicación local, laboral)*.

El presente estudio se divide en tres (3) capítulos para desarrollar la investigación; en el primer capítulo el pacto arbitral y el ficto o presunto en el derecho de consumo para esbozar los fundamentos esenciales del pacto arbitral y la inclusión en el derecho

¹⁰ COURTIS, Christian. Metodología de la Investigación Jurídica, en Ecos cercanos, Estudios sobre derechos humanos y justicia. Siglo del Hombre Editores. Bogotá D.C. 2009. Pág. 31.

¹¹ COURTIS, Ib. págs. 46 y 47.

colombiano de la novedosa figura del pacto arbitral ficto o presunto y el arbitraje social, las implicaciones frente a la autonomía de la voluntad, aquel como medio de prueba, para finalizar con su relación con el contrato de consumo y específicamente la *relación de consumo* regulada en Colombia, así como la opción de pacto arbitral como cláusula de opción.

En el segundo capítulo se aborda el tema del consumidor como sujeto débil de la relación jurídica asimétrica y la autonomía de la voluntad en el arbitraje ficto o presunto en el derecho de consumo, se continúa con el análisis de la libertad y la autonomía contractual del consumidor, su manifestación de la voluntad, el *pacto tácito*, la *teoría de los actos propios* y las figuras del *Stoppel* del derecho anglosajón y de la *Verwinkung* del derecho alemán; se finaliza con los mecanismos sustanciales y procesales de protección al consumidor y particularmente con las garantías de la *doble instancia*, la *gratuidad* y la *celeridad*, tanto en la justicia ordinaria como en la arbitral.

Por último, en el tercer capítulo se propone la interpretación hermenéutica crítica derivada de la relación jurídica asimétrica y la interpretación bajo el *principio pro consumatore*.

Capítulo 1 Del arbitraje, el pacto arbitral y el pacto ficto o presunto en el derecho de consumo

Colombia adoptó el *pacto arbitral ficto o presunto* en la Ley 1563 de 2012¹² por medio de la cual actualiza la legislación en materia de arbitraje nacional e internacional.

Conforme con los antecedentes de la formación de la ley y de la interpretación sistemática esa institución jurídica es aplicable de manera general, sobre la base que puede invocarse la existencia del pacto arbitral y si la otra parte no la niega expresamente *se entiende válidamente probada* su existencia; esta disposición normativa se constituye en un cambio diametralmente opuesto a lo regulado hasta entonces, pues existía expresa prohibición en el Estatuto del Consumidor¹³ de imponer cláusula de arbitraje al consumidor que se sancionaba con *ineficacia de pleno derecho*, que fue derogada expresamente por la nueva ley de arbitraje.¹⁴

Por la importancia que reviste el alcance general de la aplicación del *pacto arbitral ficto o presunto* debe analizarse desde la perspectiva de la manifestación de la voluntad, la

¹² El gobierno nacional creó una comisión de expertos para que presentara el proyecto sobre arbitraje. Mediante Decreto 3992 de 2010 se consideró la necesidad de actualizar el régimen legal. En el citado decreto, entre otros, señaló: Que la globalización de la economía conlleva necesariamente la concreción de mecanismos ágiles de superación de controversias tanto nacionales como transnacionales, para lo cual, el arbitraje se advierte como una valiosa herramienta de ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de particulares, mediante la conformación de un estatuto arbitral que integre lo nacional y lo internacional en concordancia con las modernas tendencias sobre la materia.

¹³ “**Artículo 43. Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho.** Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. (...)

12. Obligen al consumidor a acudir a la justicia arbitral. (...)”

¹⁴ “**Artículo 118. Derogaciones.** Deróguese (...) el numeral [12](#) del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011; (...)” En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, se alude a la justificación de tal derogatoria considerando que “**el arbitraje puede constituir una importante herramienta para la solución de conflictos entre consumidores, vendedores y productores, más aún cuando se van a habilitar a nivel legal jornadas de arbitraje social o en la reforma a la justicia se pretende a la Constitución Política el arbitraje obligatorio.**”

autonomía de la voluntad, y la manera como influye en la relación de consumo a través del contrato de consumo.

Para la comprensión del tema, en su primera parte se abordará someramente las condiciones generales del arbitraje en general y del pacto arbitral en particular.

En la segunda parte se considera el reconocimiento del pacto ficto o presunto en Colombia y su regulación como medio de prueba.

En la tercera parte, se hace referencia al pacto arbitral en el contrato de consumo que en Colombia se regula como *relación de consumo* y el pacto arbitral como cláusula de opción y finalmente lo atinente al arbitraje social que la nueva ley introdujo como medida de solución de las controversias arbitrales.

1.1 El arbitraje y el pacto arbitral – aspectos generales

A manera de un breve antecedente sobre el arbitraje,¹⁵ es preciso indicar que una de las clasificaciones del arbitraje es entre el *arbitraje forzoso u obligatorio* y el *arbitraje voluntario*, como lo expone el tratadista Benetti,¹⁶ el primero es la ley la que impone de manera obligatoria esta forma de composición y el segundo nace por acuerdo entre las partes. A éste último corresponde el tema que nos ocupa.

Respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje las teorías doctrinales han expuesto lo que se puede sintetizar en tres grupos: (i) la tesis contractual, (ii) la tesis publicista, procesalista o jurisdiccional y (iii) la tesis mixta.

En Colombia, se ha acogido tal clasificación como lo indica el tratadista Benetti,¹⁷ los contractualistas exponen que el arbitraje deriva su existencia del contrato y las partes por acuerdo convienen en someter sus diferencias a la decisión de árbitros; para los

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. Incluye al arbitraje dentro de la categoría de “*equivalentes jurisdiccionales*” y clasifica los modos alternativos de resolución de conflictos en los *Medios Autocompositivos* y *Medios Hetecompositivos*; dentro de los primeros está (i) la renuncia (desistimiento), (ii) el reconocimiento (allanamiento) y (iii) la transacción; dentro de los segundos, incluye: (i) la amigable composición, (iii) la mediación, (iii) la conciliación y (iv) el arbitraje. La Autodefensa es contiguo al estudio del proceso. En NIETO, Alcalá-Zamora y Castillo, Proceso Autocomposición y Autodefensa, UNAM, México, 1970, pág. 18 y Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, Proceso, autocomposición y Autodefensa, Vol.2 Editorial Jurídica Universitaria S.A., México, pág. 7.

¹⁶ BENETTI, Salgar Julio. El arbitraje en el Derecho Colombiano. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2001, pág.28.

¹⁷ BENETTI, Salgar Julio. Ob. Cit. pág. 22 y 23.

publicistas el arbitraje es un proceso autorizado por la ley, y dado que el derecho procesal es de orden público los árbitros ejercen funciones por ministerio de la ley; los efectos vinculantes y obligatorios del laudo arbitral emanan de la ley. La teoría mixta adopta una posición ecléctica y acoge los postulados principales de una y otra teoría.

Conforme lo anterior se tiene que la cláusula arbitral constituye un verdadero contrato¹⁸ o, cuanto menos, una parte de otro; como tal debe cumplir los requisitos de existencia y validez establecidos para los contratos; el consentimiento de las partes es el requisito básico del acuerdo arbitral.¹⁹ En virtud del principio de separabilidad, en este caso, se analiza su existencia y validez de manera independiente. Es claro que por tal principio no se confunde el pacto arbitral y el contrato al cual se incorpora.

Siendo fundamental el acuerdo de voluntades para pactar el arbitraje, para los fines del presente estudio cobra relevancia que la doctrina jurisprudencial^{20 21 22} haya acogido la

¹⁸ El derecho internacional acoge el carácter contractual al *pacto arbitral*, al disponer que tal pacto es fuente de obligaciones contractuales. La Convención de las Naciones Unidas suscrita en Nueva York en 1958 que regula el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, define el pacto arbitral como el acuerdo por escrito, conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o ciertas diferencias surgidas entre ellas en una relación contractual o no, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1973, dispone que es válido el Acuerdo de las Partes que decidan someter a arbitraje sus diferencias, actuales o futuras, en relación a un negocio mercantil. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Uncitral por sus siglas en Inglés, en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Arbitral de 1985, en su enmienda de 2006, contempla que el Acuerdo de Arbitraje es la decisión de las partes de someter a arbitraje sus controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no; podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria o un acuerdo independiente.

¹⁹ SILVA, Romero Eduardo. Reflexiones sobre el contrato de arbitraje. Citado por Roque J. Caivano, En la cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada. Cámara de Comercio y Universidad del Rosario, 2008, pág. 28.

²⁰ Colombia, Corte Constitucional: C-294 de 1995, C-431 de 1995, C-347 de 1997, C-163 de 1999, C-186 de 2011 y C-174 de 2014

Colombia, Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil, sentencias SC 022-1997 del 17 de junio de 1999, rad. 4781 y 1 de julio de 2009, rad. 11001 31 03 039 2000 00310 01

²¹ Como lo afirma el tratadista Gil, en la Ley 1563 de 2012 se perdió la oportunidad de ratificar lo que de vieja data venía pregonando la jurisprudencia y la doctrina nacional, casi de manera unánime, en el sentido que el pacto arbitral es de naturaleza contractual, al haberse remitido a la noción genérica de negocio jurídico y así habrán voces que manifiesten que no es contractual pues el convenio arbitral no involucra un contenido patrimonial con el efecto que al no ser contrato no se aplica su régimen general; afirma que no puede pasarse por alto que las normas comerciales equiparan la noción de negocio jurídico a la de contrato (arts. 824, 825, 827, 829, 832, 833, 836, 838, 842, 844, 845, 850, 878 y 884 del Código de Comercio) y concluye que el arbitraje es un negocio jurídico de naturaleza contractual. GIL Echeverry Jorge Hernán. Régimen Arbitral Colombiano. Ley 1563 de 2012. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2013, pág. 157.

²² El tratadista Bejarano señala que en el pasado se compartía la tesis según la cual el arbitraje es un proceso declarativo, criterio acogido por el Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil [Colombia], pero con ocasión de la sentencia C-294 de 1995 [Colombia – Corte Constitucional] se sentaron las bases para que el arbitraje no solo se ocupe de controversias con carácter declarativo sino también para demandar el cumplimiento forzado de obligaciones.

tesis contractualista del arbitraje, que implica cumplir los requisitos esenciales del contrato *consentimiento y objeto*, entre otros.

Como bien lo indica el maestro Bonivento Fernández, el pacto arbitral requiere de la capacidad de las partes, del consentimiento libre, exento de vicios, error, fuerza o dolo; en cuanto el objeto *consiste en la declinación de la justicia estatal y el compromiso de acudir a los árbitros para resolver las controversias; y la causa, referida a la decisión de acudir a un sistema jurisdiccional no estatal.*²³

El arbitraje permite a las partes, *previo mutuo acuerdo*, acudir a un tercero particular, imparcial y calificado, distinto del juez ordinario, para que a través de un proceso breve y sencillo les solucione sus controversias, siempre que sean de *libre disposición*. La legitimidad e importancia de esta institución, como mecanismo voluntario de composición de disputas en su origen pero obligatorio en cuanto a su resultado, está fuera de discusión²⁴. Se le atribuyen las ventajas de celeridad, rapidez, economía, intermediación, informalidad y especialidad en la solución del conflicto.

Como lo señala el maestro Bonivento Fernández, el pacto arbitral contiene como elementos esenciales la *arbitrabilidad subjetiva y objetiva*,²⁵ así:

“La primera relacionada con la aceptación del pacto arbitral por parte de las personas que pueden ser llamadas al proceso, por tener interés en él o resultar afectadas por el mismo; la segunda referida a los asuntos o materias que podrán [conocer] los árbitros, los cuales tienen que ser de naturaleza patrimonial y de libre disposición.”

Por tanto, la fuente del arbitraje y su prueba es relevante para acreditar el consentimiento de las partes de acudir a la justicia arbitral a través de la *cláusula compromisoria* o el *compromiso*. Como elemento esencial, el maestro Bonivento Fernández indica que, se puede agregar en principio, el supuesto requisito de *solemnidad* del pacto arbitral y sostiene:

BEJARANO, Guzmán Ramiro. Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2013 Reimpresión de la quinta edición, pág. 458 y 459.

²³ BONIVENTO, Fernández José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II. Ediciones Librería del Profesional Ltda, Bogotá, Novena Edición, 2017, pág. 161.

²⁴ CORREA, Palacio Luz Stella, Presentación, en Estatuto Arbitral Colombiano, Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Comisión Colombiana de Arbitraje. Legis, Bogotá 2013, pág. xiii.

²⁵ BONIVENTO, Fernández, José Alejandro. Ob. Cit. Pág. 161.

“Debe constar pos escrito o documentariamente, no sólo en escritura pública, sino en otra forma de documento privado. Pero la misma ley 1563, en el parágrafo del artículo 3, permite que se tenga como pacto arbitral aquella manifestación que haga el convocante de su existencia, aunque no exhiba documento alguno, sin el rechazo o negación de la convocada.”²⁶”

En cuanto a su regulación en Colombia, el arbitraje está contemplado en la Constitución Política, artículo 116, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (...).” (Se resalta).

En materia legal se desarrolló el arbitraje, entre otros,^{27 28} en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (LEAJ), Ley 270 de 1996, que contempla mecanismos alternativos al proceso judicial para la solución de conflictos entre los asociados en el artículo 8, que luego fue modificado por el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009, así:

“ARTÍCULO 8º. Mecanismos Alternativos. La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios. (...).”

La misma ley estatutaria, en el numeral 3 del artículo 13 contempló el arbitraje, en la forma como fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, así:

“ARTÍCULO 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la

²⁶ BONIVENTO, Fernández, José Alejandro. Ob. Cit. Pág. 161

²⁷ Colombia, Congreso de la República. Ley 105 de 1890, Ley 103 de 1923, Ley 105 de 1931, Ley 2 de 1938, C.P.C. y C.Ccio. en 1970, Decreto-Ley 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto-Ley 2651 de 1991, Ley 80 de 1993, Leyes 270 y 315 de 1996, Ley 446 de 1998, Decreto 1818 de 1998 y la Ley 1285 de 2009.

²⁸ BONIVENTO, Fernández José Alejandro. Ob. Cit., págs. 156 y 157

Constitución Política:

1. (...)

3. **Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley.** Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso. (...)” (se ha resaltado).

Con posterioridad en desarrollo de tal disposición constitucional, mediante la Ley 1563 de 2012 (12 de julio) se adopta el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, que recoge la normatividad dispersa hasta entonces. La nueva ley, dispone en el artículo 1 que el arbitraje aplica en caso de controversias sobre asuntos de **libre disposición** o aquellos que la ley autorice.²⁹ Este precepto contrasta con el artículo 115 de la norma anterior – Decreto 1818 de 1998- que lo disponía para asuntos de carácter transigible, así: “*El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un tribunal arbitral*”³⁰ (se resalta).

Es preciso poner de relieve que la norma actual alude a los *derechos en conflicto* cuando señala que el arbitraje aplica a controversia de *libre disposición* por su titular, es decir que frente a ellos exista la libertad de renuncia en todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición es lo que determina el carácter de transigible³¹ de un derecho o de un litigio.

En cuanto a los tipos de arbitraje, la Ley 1563 de 2012 artículo 2, señala dos tipos de arbitraje:³² (i) *ad hoc* si es conducido directamente por los árbitros y (ii) *institucional* si se hace a través de un centro de arbitraje.

²⁹ Es de señalar que el tratadista BENETTI sostiene que: “La legislación colombiana, aunque desde hace mucho tiempo ha previsto la posibilidad de acudir a la vía arbitral, curiosamente no había definido este precepto sino a partir de la Ley 446 de 1998, artículo 111.” BENETTI, Salgar Julio. Ob Cit. pág 14.

³⁰ El artículo 111 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el art. 1 del Decreto 2279 de 1989, alude al arbitraje; la sentencia C-672/99 (Colombia – Corte Constitucional) dispuso que dicho artículo no requería estar en la Ley estatutaria y que operó la cosa juzgada relativa.

³¹ Colombia – Corte Constitucional en sentencia C-98 de 2001, se demandó el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 aduciendo que la Constitución Política no impone restricción en cuanto a los conflictos que puedan ser sometidos al mecanismo de arbitraje, en tanto que la norma parcialmente acusada las circunscribe sólo a los conflictos de carácter transigible. En ese sentido la norma demandada está reduciendo el ámbito de aplicación de la disposición constitucional modificándola y quebrantándola.

³² Definía el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998 tres tipos de arbitraje: (i) independiente, (ii) institucional y, (iii) legal. El primero cuando las partes, conforme a la *autonomía de la voluntad privada*, establecen las reglas, el segundo cuando las partes en uso de la *autonomía de la voluntad* deciden que las reglas son las de un determinado centro de arbitraje y el tercero, cuando las partes, en desarrollo de la *autonomía de la voluntad* decidieron no pactar uno de los dos anteriores.

1.1.1 Principios fundamentales que gobiernan el pacto arbitral: autosuficiencia, autonomía, Kompetenz-Kompetenz y habilitación arbitral

El pacto arbitral como institución jurídica permite que las controversias surgidas en general en las relaciones negociales y en particular en los contratos, sean resueltas de manera heterocompositiva por un particular, como se resuelven otros conflictos.

Dentro de los principios que lo gobiernan se destacan su autosuficiencia, su autonomía, Kompetenz-Kompetenz y la habilitación arbitral.

Por autosuficiencia se considera la prevalencia del pacto arbitral, pues si una de las partes acude a la justicia ordinaria, el juez las remitirá al arbitraje. Como lo afirma el tratadista Caivano, este principio fue incorporado en el Protocolo de Ginebra de 1923 que en rigor fue el primer tratado internacional sobre arbitraje comercial internacional (artículo 1); en el artículo 2 señala que *el procedimiento de arbitraje, incluso la constitución del tribunal, se regirá por la voluntad de las partes y por la ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje*.³³

Es decir, la *autosuficiencia* indica que el pacto arbitral rige el arbitraje y tiene sus normas propias, separadas de las reglas generales procesales.

En el caso colombiano para el procedimiento arbitral establece el artículo 58 de la ley de arbitraje establece que en los arbitrajes nacionales en que no sea parte el Estado o algunas de sus entidades, los particulares acuerdan las reglas de procedimiento directamente o las de un centro de arbitraje con apego a la Constitución, al debido proceso, conc. num. 3 Art. 13 LEAJ el derecho de defensa e igualdad de las partes; en caso contrario se aplicarán las reglas de la ley.

Por autonomía del arbitraje se refiere a la autonomía del pacto arbitral, que debe distinguir dos aspectos, uno en sentido estricto de la autonomía frente a todo derecho nacional y dos, en el sentido tradicional de la *separabilidad* del pacto arbitral respecto del contrato principal que lo contiene, en los términos expuestos por el tratadista Mantilla.³⁴

³³ CAIVANO, Roque J. La cláusula arbitral Evolución histórica y comparada. Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad del Rosario, Bogotá D.C. 2008, págs. 138 y 139

³⁴ MANTILLA, Fernando. En Revista Internacional de Arbitraje N°17, Jul-Dic de 2012, págs.. 33-65. Bogotá D.C. Legis.

Sobre el aspecto de la separabilidad del pacto arbitral se entiende que si el contrato principal que lo contiene, es declarado inexistente o inválido no significa necesariamente la inexistencia o invalidez del contrato arbitral; en concreto, la autonomía en su aspecto de la separabilidad del pacto arbitral implica su prevalencia.

En Colombia, la Ley 1563 de 2012 contempla la autonomía del pacto arbitral en el artículo 5³⁵ que regula la *autonomía de la cláusula compromisoria*.³⁶ En los términos del tratadista Vélez, considera que la norma no consagra una definición dogmática del concepto de *autonomía del pacto arbitral*, sino que señala el efecto más importante del mismo, “*cual es la independencia entre el contrato principal y la cláusula compromisoria a la que se sujeta dicho contrato (...) en estricto sentido, ello no constituye un concepto de autonomía, sino solamente un efecto de la misma.*”³⁷

De otra parte, la declaración de competencia del tribunal se funda en el principio de *Kompetenz-Kompetenz* que señala que el tribunal de arbitraje decide sobre su propia competencia.³⁸

Al respecto, la Ley 1563 de 2012 en el artículo 29, dispone que “*(...) el tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquiera otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo.*” Como señala el tratadista Vélez Ochoa, este principio no es nuevo en el derecho colombiano, pues ya había sido reconocido de manera expresa por nuestra jurisprudencia constitucional a partir de lo previsto en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998.³⁹

³⁵ Ley 1563 de 2012: **Artículo 5°. Autonomía de la cláusula compromisoria.** La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido.

La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.

³⁶ En la ponencia para segundo debate del proyecto de Ley 176 de 2011 Cámara y 18 de 2011 Senado, que se convirtió en la Ley 1563 de 2012, se alude a las novedades en las que se incluye la autonomía y el principio Kompetenz Kompetenz y se indicó: 9.1 Arbitraje Nacional (...) **Autonomía de la cláusula compromisoria.** Se contempla el principio cardinal de autonomía de la cláusula compromisoria en la figura del arbitraje. En virtud de este principio, cualquier circunstancia que afecte la existencia, eficacia o validez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. Congreso de la República de Colombia, Gaceta N° 321 de 2012.

³⁷ VÉLEZ, Ochoa Ricardo. La autonomía del pacto arbitral y la declaración de competencia del tribunal de arbitraje, págs. 89-90. En Estatuto Arbitral Colombiano, Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Comisión Colombiana de Arbitraje. Legis, Bogotá, 2013.

³⁸ CAIVANO, Roque J. Ob. Cit. pág. 145.

³⁹ VÉLEZ, Ochoa Ricardo. Ob. Cit., pág. 100.

Como expone el tratadista Mantilla Serrano,^{40 41} el principio de *Kompetenz-Kompetenz* tiene su fuente en el convenio arbitral y su aplicación materializa la voluntad real de las partes; la competencia de los árbitros está sujeta al control posterior del juez de anulación o de reconocimiento del laudo.

El principio de habilitación arbitral o voluntariedad establece que las partes han de expresar su voluntad de acordar el pacto arbitral, que permite a los árbitros decidir el litigio. El artículo 116 de la Constitución Política señala que los árbitros deben ser habilitados por las partes. La Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996 al regular el ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares, alude al principio de habilitación.⁴²

La jurisprudencia constitucional también contempla el principio de habilitación y, como ya se citó, la Corte Constitucional en la sentencia C-170 de 2014⁴³ señaló que la autoridad de los árbitros se funda en la **existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre** entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares.

1.2 El pacto arbitral ficto o presunto – Reconocimiento en Colombia: trámite legislativo

⁴⁰ En la ponencia para segundo debate del proyecto de Ley 176 de 2011 Cámara y 18 de 2011 Senado, que se convirtió en la Ley 1563 de 2012, se alude a las novedades en las que se incluye la autonomía y el principio *Kompetenz-Kompetenz* y se indicó: 9.1 Arbitraje Nacional (...). De igual forma, se consagra legalmente el principio de *Kompetenz-Kompetenz* de acuerdo con el cual es el tribunal arbitral quien debe decidir sobre su competencia para conocer las controversias sometidas a su decisión. Finalmente, vale la pena resaltar que se establece de manera expresa que la cesión del contrato comprende también la cesión de la cláusula compromisoria incluida en dicho contrato, acabando con la vieja discusión doctrinaria y jurisprudencia sobre el particular. Congreso de la República de Colombia, Gaceta N° 321 de 2012.

⁴¹ MANTILLA, Serrano Fernando. Los principios de autonomía y competencia-competencia en el nuevo Estatuto Arbitral Colombiano, pág. 398. En Estatuto Arbitral Colombiano, Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Comisión Colombiana de Arbitraje. Legis, Bogotá 2013

⁴² El numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, LEAJ, dispone que las partes habilitan a los árbitros, que son particulares para actuar como tales en los términos que señale la ley.

⁴³ Colombia, Corte Constitucional. C-170 de 2014 que efectuó el juicio de constitucionalidad del parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, norma que regula la intervención de otras partes y terceros. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/El_pacto_arbitr2014/C-170-14.htm

Dentro de los cambios que introdujo el estatuto arbitral y que interesan al objeto de este análisis, está la ampliación del alcance de la materia arbitral, e introdujo en nuestra legislación la novedosa figura del *pacto arbitral ficto o presunto*.⁴⁴

Sea lo primero aludir al alcance y propósito del proyecto con base en la exposición de motivos de la formación de la ley cuyo proyecto de ley fue publicado en la Gaceta N°542 de 2011⁴⁵ y al respecto se expuso, en resumen, que el objeto del proyecto de ley era: **(i)** la eficiencia en la prestación de servicios de la Administración de Justicia es factor de relevancia para determinar la competitividad de un país, se **promueve la inversión nacional y extranjera**, en pos de los negocios, la paz y la convivencia y beneficios para todos, **(ii)** es principal objetivo difundir el arbitraje sin acudir al aparato estatal, coadyuvando a la **seguridad jurídica de los inversionistas** y, **(iii)** solucionar vacíos e inconvenientes surgidos con la sentencia C-1038 de 2002 [que se refiere a la etapa pre-arbitral]. En la exposición de motivos se argumentó:

*“(…) La importancia de este proyecto (…) uno de los factores que ostenta mayor relevancia para determinar la competitividad de un país, es la eficiencia en la prestación de los servicios relacionados con la Administración de Justicia. Un Estado con un sistema de administración de justicia ágil y eficaz, **promueve el incremento de la inversión nacional y extranjera**, generando un mayor crecimiento económico (...), lo cual colabora no solo para fomentar un clima propicio para los negocios, (...)*

*(…) fortalecer y difundir el arbitraje a nivel nacional, con el fin de garantizar el acceso a la Administración de Justicia a más ciudadanos sin que sea necesario acudir al aparato estatal (...) pretende mejorar el clima y la calidad de inversión para Colombia, **coadyuvando a fortalecer la seguridad jurídica para los inversionistas nacionales y extranjeros**.*

(…)

I: Arbitraje nacional (...) I.se amplía el marco de los asuntos que pueden adelantarse mediante arbitraje, (...) no sólo asuntos transigibles sino todos aquellos que el legislador indique.

*(…) **No se trata de involucrar el criterio de arbitraje obligatorio, pues este requiere de reforma constitucional**, tal y como está proponiendo el propio Gobierno en la reforma constitucional a la justicia, concretamente en la modificación del artículo 116 de la Carta Política. Acá nos referimos a otro tema y es el **poder configurativo del legislador para mencionar eventos en los cuales el asunto no es transigible pero sí discutible, en virtud de pacto arbitral ante un tribunal de arbitramento**. (...).*” (se resalta).

⁴⁴ Para apoyar la figura, estableció el *arbitraje social*.

⁴⁵ Proyecto de Ley 176 de 2011 Cámara, 18 Senado. Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XX N° 542 de 2011, pág.18 y 19. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

En el trámite legislativo de la formación de la ley se incluyó el pacto arbitral ficto o presunto, que el proyecto de ley no contempló, como se aprecia en el siguiente texto inicial del artículo 3 del proyecto:⁴⁶

“Artículo 3°. Pacto arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se comprometen a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.”

El proyecto de ley no incluyó la figura del pacto arbitral ficto o presunto, y fue introducido en la ponencia para primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente en el Senado de la República, Gaceta N° 817 de 2011, página 7, donde se expuso:

*“Se agrega un párrafo de acuerdo con el cual se entiende válidamente probado el pacto arbitral en la hipótesis en que, una parte afirme la existencia de dicho pacto y la otra parte no la niegue expresamente durante el término de traslado de la demanda, su contestación o las excepciones, bien ante los jueces o ante un tribunal arbitral. Así las cosas, **el párrafo cubre dos hipótesis: la primera cuando la demanda se presente ante un tribunal arbitral o juez y en la contestación no se arguya la inexistencia del pacto. La segunda, cuando en la contestación de la demanda se argumente la existencia del pacto arbitral y durante el traslado de esta (SIC) o de las excepciones previas no se niegue expresamente.**”* (se resalta).

Dada la relevancia jurídica del *pacto arbitral ficto o presunto* a continuación se presentan los textos del artículo 3 tanto del proyecto de ley propuesto por el Gobierno Nacional⁴⁷ como el de la ponencia para primer debate en el Senado^{48 49} por considerar que

⁴⁶ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XX N° 542 de 2011, pág. 1. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

⁴⁷ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XX N° 542 de 2011, pág. 1. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

⁴⁸ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XX N° 817 de 2011, pág. 12. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

⁴⁹ Adicionalmente a lo expuesto sobre el pacto arbitral ficto o presunto, la explicación que suministra el legislador, sobre las modificaciones para el primer debate, fue:

(i) Para efectos de claridad, se incluye un inciso según el cual se establece la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. En el texto original del proyecto, la renuncia a discutir las controversias ante los jueces se deducía de la existencia de la celebración del pacto arbitral, pero no se encontraba expresamente prevista, incluso, como lo establece la legislación actualmente vigente.

(ii) De igual manera, se incluye un inciso final en el que se establece que serán válidas las estipulaciones de las partes que establezcan condiciones o el agotamiento de requisitos previos a la convocatoria del arbitraje

resulta de mayor claridad que su explicación. Es de señalar que el texto se mantuvo tanto en la ponencia para segundo debate en el Senado,⁵⁰ como en la aprobación por parte de la plenaria del Senado.⁵¹ Como adelante se explica, fue modificado con posterioridad con ocasión del debate legislativo en la Cámara de Representantes.

Texto Proyecto de Ley presentado por el Gobierno Nacional	Ponencia Primer Debate- Comisión Primera Constitucional Permanente de Senado
<p>Artículo 3°. <i>Pacto arbitral</i>. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se comprometen a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.</p> <p>El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.</p> <p>En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al</p>	<p>Artículo 3°. <i>Pacto arbitral</i>. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.</p> <p><u>El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.</u></p> <p>El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.</p> <p>En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al</p>

(denominadas cláusulas escalonadas). Sin embargo, se precisa que no constituirá un incumplimiento del contrato el hecho de que una de las partes no adelante dichos pasos previos, o no cumpla los condicionamientos previstos en la cláusula escalonada, o se rehúse a acceder a ellos cuando su contraparte contractual los pone en marcha.

En otros términos, con el inciso final que se incorpora se establece que aquellas estipulaciones previstas en el pacto arbitral o en cualquier otro medio, tendientes a agotar requisitos de procedibilidad, sean meramente pactadas por las partes, si bien son válidas, de ninguna manera afectan la competencia del tribunal y, mucho menos, la posibilidad de acudir a los jueces para la solución de la controversia.

Con lo anterior, se adopta una posición intermedia entre las vertientes jurisprudenciales existentes, de una parte, por el Consejo de Estado y, de la otra, de la Corte Constitucional y el Tribunal Superior de Bogotá.

En efecto, de acuerdo con el criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, dichos pactos de las partes violan el derecho de acceso a la justicia (justicia alternativa, en este caso). Como ejemplo de lo anterior se encuentran, entre otras, las sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, de fechas 29 de agosto de 2007 (Expediente No. 110010326000070001100) y 10 de junio de 2009 (Expediente número 11001032600002008003200).

⁵⁰ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XX N° 946 de 2011, pág. 14. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

⁵¹ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XX N° 987 de 2011, pág. 5. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3. El acta de plenaria 27 del 12 de diciembre de 2011 –Senado, donde se anunció el citado proyecto de ley en atención a lo dispuesto en el acto Legislativo N°1 de 2003 (se deben anunciar los proyectos que se discutirán y aprobarán en la próxima sesión) fue publicada en la Gaceta N°39 del 16 de febrero de 2012. El proyecto fue aprobado en la sesión plenaria del 13 de diciembre de 2012, acta de Plenaria 28, publicada en la Gaceta N°45 del 2 de marzo de 2012. Disponibles en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

respecto, este se proferirá en derecho.	respecto, este se proferirá en derecho. (...) ⁵² <u>Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte afirma la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.</u>
---	--

En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes,⁵³ se modificó el texto del artículo 3 aprobado en el tránsito de la Ley en el Senado de la República, incorporándole los siguientes dos párrafos, dejando el párrafo aprobado en la discusión en el Senado como párrafo 3, así:

“(…)

Parágrafo 1°. No se requiere aceptación escrita para adherirse al pacto arbitral ya formado.

Parágrafo 2°. Se considera incorporado al acuerdo entre las partes el pacto arbitral que conste en un documento separado, siempre y cuando las partes se hayan remitido a aquel en los términos de este artículo.

Parágrafo 3°. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte afirma la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.”

Las razones aducidas por los ponentes para el primer debate en Cámara de Representantes para justificar los cambios fueron:

- (i) En la definición se cambia el término “negocio jurídico” por “acto jurídico”, que es un término más preciso para definir esta figura y,
- (ii) Por otra parte, se elimina el inciso final de este mismo artículo en el que se establecía la posibilidad de las partes de establecer requisitos de procedibilidad para

⁵² El artículo 3 citado, propuesto en la ponencia para primer debate del Senado contenía la siguiente estipulación: “(…) Son válidas las estipulaciones de las partes que establezcan condiciones o el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder al arbitraje. Sin embargo, la inobservancia de tales condiciones o requisitos no constituirá un incumplimiento del contrato, ni afectará la competencia del tribunal arbitral para conocer de la controversia. (…);” se eliminó en la ponencia para primer debate en la Cámara, Gaceta 108 de 2012, por considerarla confusa y contradictoria. **Esta parte fue incluida en el artículo 13 Observancia de normas procesales, C.G.P.**

⁵³ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XXI N° 108 de 2012, pág. 14. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

acceder al arbitraje que de incumplirse no afectarían la competencia del tribunal arbitral, disposición que resulta confusa y contradictoria.

En la ponencia para segundo debate, la Plenaria de la Cámara de Representantes, explica las modificaciones y en cuanto al artículo 3, señalan en la página 14, que : **(i)** en el primer inciso de esta norma se corrige la concepción de pacto arbitral “como acto jurídico” y se utiliza, en su lugar, el término más técnico de “negocio jurídico”, **(ii)** el parágrafo 3 del artículo 3, para cambiar “*afirma*” por “*invoca*” la existencia de pacto arbitral⁵⁴ y, **(iii)** para eliminar los párrafos 1 y 2, incluidos en la ponencia para primer debate, como ya se anotó.⁵⁵

Luego del trámite de la formación de la ley en los debates en las comisiones y posteriormente en las plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, la norma contentiva del *pacto ficto o presunto*, quedó aprobado en la ley con el siguiente tenor literal:

“Artículo 3°. Pacto arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral” (se resalta).

Finalmente, es de señalar las normas concordantes en la misma ley, sobre el pacto arbitral ficto o presunto: **(i)** el inciso 5 del artículo 20 dispone que se rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia del pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 3 y, **(ii)** el inciso 4 del artículo 37 establece que en los casos de llamamiento en

⁵⁴ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XXI N° 321 de 2012, pág. 21. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

⁵⁵ El texto definitivo con modificaciones fue aprobado en segundo debate en la Cámara de Representantes en sesión plenaria del 13 de junio de 2012. Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XXI N° 393 de 2012, pág. 2. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 3.

Conforme con la ley, el *pacto arbitral ficto o presunto* surge si una de las partes lo invoca y la otra no lo niega expresamente **ante los jueces o el tribunal de arbitraje** en las etapas procesales que señala la ley, esto es, durante **(i) el término de traslado de la demanda** o, **(ii) de su contestación** o, **(iii) de las excepciones previas**, *se entiende válidamente probada la existencia del pacto arbitral*.⁵⁶

De la redacción de la norma emerge el hecho que la presunción de la existencia del pacto arbitral fue establecida por el legislador como un *medio de prueba*,⁵⁷ de la manera como quedó establecido expresamente en la ley.

Es excepcional la aplicación del pacto arbitral ficto o presunto, al menos por ahora y hasta que se aplique y madure, por cuanto es de la esencia del pacto arbitral que se configure a través del acuerdo, previo, escrito e inequívoco, de las partes. Es regla general pues la ley no establece condiciones ni estipula restricción alguna, sólo que se invoque para que pueda emerger si no es objeto de debate.

Al *pacto arbitral ficto o presunto* le aplica la regla de renuncia de acudir a la justicia estatal conforme el mismo artículo 3 que dispone perentoriamente: **(i) implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces**, pero, **(ii) le niega el hecho que el pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria**.

1.2.1 El pacto arbitral ficto o presunto y los medios de prueba

El tratadista López Blanco considera que la norma del pacto arbitral es similar a la prevista en el artículo 2 del Decreto 2279 de 1989 reformado por la ley 446 de 1998, y sobre el pacto arbitral ficto o presunto señala: “(...) Empero, como innovación, se observa el

⁵⁶ Dentro de la novedad de la figura misma, la ley incluyó otra también novedosa y es el denominado *arbitraje social* en garantía de quienes no ostenten capacidad de pago para acudir al arbitraje y para tal fin obliga a los árbitros a prestar sus servicios gratuitamente en la resolución de controversias de hasta 40 SMLMV y cada centro de arbitraje deberá resolver gratuitamente un mínimo de casos correspondientes al 5% de los arbitrajes resueltos. La norma establece que cada centro de arbitraje deberá resolver un mínimo de casos correspondientes al 5% de los asuntos para que gratuitamente se resuelva en arbitraje las controversias que no superen 40 SMLMV.

⁵⁷ ROBLEDO, Del Castillo Pablo Felipe. El Estatuto de Arbitraje y el Código General del Proceso, en Estatuto Arbitral Colombiano, Comisión Colombiana de Arbitraje. Legis, Bogotá 2013, pág. 314

*parágrafo que consagra una curiosa e incomprensible disposición, típico ejemplo de “delirio académico”, en donde se prevén hipótesis aplicables “ante los jueces o el tribunal de arbitraje”, que no pueden tener desarrollo en la práctica ante los jueces y menos ante el Tribunal.”*⁵⁸

Considera que en el primer supuesto de actuar ante los jueces, se da ante la presentación de una demanda ante el juez civil en la que “*una parte invoca la existencia del pacto arbitral*” la actuación procesal queda a cargo de la contraparte, así: en el caso del “*término de traslado de la demanda*” supone que quien lo hace es el demandado porque a él se le corre ese traslado, “*o de las excepciones previas*” cuya alegación es privativa de la parte demandada, “*o de su contestación*” lo cual debe entenderse referido al demandante que es a quien se le corre ese traslado.

Respecto de la actuación del demandado, en los dos primeros casos, afirma que al no adjuntar la prueba del pacto arbitral que por ser solemne debe constar por escrito no siendo pertinente la prueba de confesión que surgiría de invocarlo y no probarlo por estar en abierta contradicción con lo señalado en la misma ley. En relación con el tercer caso, la actuación del demandante quien nada dijo al respecto en la demanda, indica que es igualmente inoperante pues si era lo que quería debió acudir a un Centro de Arbitraje.

En cuanto a la intervención ante el tribunal, considera que aseverando únicamente la existencia del pacto y si la otra parte no lo niega, se está ante la modalidad de prueba de confesión, alternativa contraria a lo previsto en el artículo 12 del nuevo estatuto, que ordena que la demanda debe estar acompañada del pacto arbitral y, reitera, siendo solemne no admite prueba de confesión. Señala que se acentúa la contradicción cuando el artículo 20 Ib., prescribe que el tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia del pacto arbitral. Dice que se acrecienta el error cuando el artículo 37 Ib., establece que en los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 3.⁵⁹

En relación con la confesión, es de señalar que el maestro Devis Echandía, enseña

⁵⁸ LÓPEZ, Blanco Hernán Fabio., XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal 2012. Universidad Libre, Bogotá. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Glosas a ciertas normas del arbitraje nacional, pág. 249 y 250.

⁵⁹ LÓPEZ, Blanco Fabio Hernán. Ob. Cit. Pág. 251. Reitera la contradicción de establecer la existencia del pacto arbitral por vía de confesión tácita recíproca, en cuánto que el art. 4 de la ley, sobre la cláusula compromisoria, dispone que cuando conste en documento separado **debe existir plena certeza de tal circunstancia** con indicación del nombre de las partes y la referencia al contrato al cual accede. Indica que, en gracia de discusión de admitirse la existencia del pacto arbitral sólo cobijaría la cláusula compromisoria debido a los perentorios requisitos que se exigen para el compromiso en el art. 6 de la ley.

que la confesión es una declaración de parte, entendida en un sentido formal procesal, es decir, como sujeto de la relación jurídica procesal; el caso de las declaraciones hechas en escritos procesales, como el de la demanda o el de excepciones, es especial, ya que pueden contener confesiones y admisiones o reconocimiento de hechos. La confesión tiene por objeto hechos, por lo cual no se aceptan los notorios o presumidos y los hechos deben ser favorables a la parte contraria.⁶⁰

Por tanto, no es plausible entender que la configuración del pacto arbitral ficto o presunto implique la confesión como lo plantea el tratadista López Blanco, pues como claramente lo expone el maestro Devis Echandía allí no se cumplen los presupuestos de hecho que contiene la norma de derecho para asignarle la respectiva consecuencia jurídica, sino lo que prevé la nueva ley arbitral hace relación con la *autonomía de la voluntad* como adelante se plantea.

1.3 Contrato de consumo y pacto arbitral

Sea lo primero aludir someramente al tema de consumo y la sociedad de consumo; al respecto el tratadista Farina indica que la expresión *consumo* comenzó a tener connotación especial a mediados del siglo XX para referirse a un problema social que llevó a los sociólogos, filósofos y políticos a hablar de la *sociedad de consumo*, por una serie de características que surgen en la sociedad sobre todo en el campo de la contratación masiva y a la influencia cada vez mayor de la publicidad.⁶¹

Desde el punto de vista económico, se tiene que el acto de consumo tiene amplias connotaciones en las ciencias sociales; así para la antropología, según García Canclini *el consumo debe ser considerado el conjunto de procesos socioculturales en que se realizan la apropiación y los usos de los productos*.⁶²

⁶⁰ DEVIS, Echandía Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I, sexta edición, Editorial Temis 2012, págs. 555 y 558.

⁶¹ FARINA, Juan M. Defensa del Consumidor y del Usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Ciudad de Buenos Aires 2004, pág. 21.

⁶² GARCÍA, Canclini (1955:42) citado por HIERNAUX, Daniel. Tratado de Geografía Humana, pág. 323. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=iKQx8TGmOUUC&pg=PA323&dq=consumo+y+procesos+socioculturales&hl=es&sa=X&ei=HgBEVMfuGsPIgwSGsoGQAw&ved=0CD8Q6AEwBw#v=onepage&q=consumo%20y%20procesos%20socioculturales&f=false> consultado en octubre de 2014.

Para la sociología, Pierre Bourdieu plantea que las prácticas de consumo actúan como elemento de distinción social entre los grupos y que los hábitos de consumo hacen visibles tales diferencias, v.gr. el *consumo en cascada* opera cuando las clases de mayores ingresos cambian sus prácticas de consumo cuando estas han sido copiadas por las clases de menores ingresos.⁶³

Con la evolución económica y jurídica, surgieron los contratos de consumo; como señala el tratadista Vallespinos, *las necesidades de la vida contemporánea han requerido del Derecho y más precisamente de la teoría general del contrato, los mecanismos, las técnicas, las modalidades más convenientes para satisfacer las exigencias del tráfico negocial de nuestros tiempos. (...) nace así la contratación en base a un contenido predispuesto*, cuya principal manifestación es el contrato por adhesión,⁶⁴ para la comercialización estándar de bienes y servicios.⁶⁵

Aquí es importante señalar que se ha considerado que todo contrato se forma bajo el signo de la libertad; Ripert -citado por Tafur- refiere que el contrato es una lucha de intereses en que sucumbe el más débil y entonces es un medio de explotación, en el que la igualdad no pasa de ser una bella utopía donde la autonomía de la voluntad es el triunfo de la explotación del hombre por el hombre.⁶⁶

Es lo que denomina Stiglitz, el intervencionismo estatal en la relación jurídico privada,⁶⁷ dada la desigualdad económica de los contratantes en punto a suponer la negociación y comienza a gestarse el consumerismo con la consiguiente protección a los intereses económico-sociales de la parte débil de la relación. Según F. Kloter el consumerismo se analiza como un movimiento social que pretende el incremento de los

⁶³ Citado por HIERNAUX, Daniel Id. (Bourdieu-Distinción).

⁶⁴ VALLESPINOS, Carlos Gustavo. El contrato por adhesión a condiciones generales. Editorial Universidad, Buenos Aires 1984, pág. 229.

⁶⁵ VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op. cit. pág.232 y ss. “Los cambios en la producción y la comercialización y la multiplicación de las relaciones negociales, junto con la acumulación de las riquezas en pocas manos que luego se organizaron en empresas trasnacionales, exigieron la aplicación de dos principios económicos para alcanzar los objetivos de producción y distribución: la racionalización y la automatización que junto con la estandarización, implica que la producción se realiza cada día más uniformemente, lo que ha sido seguido por comercialización estándar de bienes y servicios.”

⁶⁶ TAFUR, Morales Francisco, La nueva jurisprudencia de la Corte. Bogotá, Edit. Óptima, 1938 pp 136 y 137. Citado por RENGIFO García Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2004, pág. 197 nota de pie de página 14.

⁶⁷ STIGLITZ, Rubén S. y Gabriel A. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1985, pág. 46 y ss.

derechos y poder de los consumidores en su relación con los vendedores y se crean asociaciones de consumidores.⁶⁸

Así entonces la evolución de la vida económica implica la evolución jurídica y al respecto el tratadista Caivano sostiene que la estandarización de la producción de bienes y servicios y la necesidad de estandarizar su comercialización, en aras del beneficio del menor costo de las economías de escala —en el caso de la comercialización a medida que se incrementan las transacciones se reduce su costo—, ha llevado a la creciente utilización de contratos cuyo contenido se encuentra preestablecido por una de las partes.⁶⁹

En tal sentido, el tratadista Caivano considera que aunque el convenio arbitral puede no ser una cláusula incorporada a un contrato base, usualmente lo es y eso plantea algunos problemas derivados de la voluntad expresada en contratos predispuestos: *¿cómo se verá afectada la manifestación de la voluntad por haber carecido el consumidor de la posibilidad de negociar las condiciones de contratación?; ¿es realmente libre la voluntad expresada mediante la pura adhesión a condiciones unilateralmente concebidas por la otra parte?*.

El tratadista Caivano afirma que tales condiciones dan por tierra los presupuestos clásicos de igualdad y libertad como soportes de la fuerza obligatoria del consentimiento y que la aplicación a ultranza habría significado la desaparición del contrato y por eso el derecho evolucionó para equilibrar la irrestricta aplicación del *principio pacta sunt servanda* y la imperativa exigencia de que la voluntad sea totalmente libre. Así que los ordenamientos jurídicos optaron por no desconocer la fuerza vinculante de una voluntad condicionada sino por mitigar los aspectos perjudiciales, atacando los dos principales problemas: el conocimiento efectivo del contenido del contrato por parte del adherente y la equidad de las cláusulas contractuales.

Concluye, afirmando que, en otras palabras, si bien el ordenamiento jurídico debe garantizar la libertad y la autonomía de la voluntad y respetar el contenido de los contratos, *“debe evitar el abuso de la contratación y sancionar a los contratantes que, abusando de su posición jurídica de predisponer el esquema contractual, perjudiquen a los contratantes más débiles.”*

⁶⁸ Citado por ABASCAL Rojas, Francisco en Marketing social y ética empresarial, pág. 117. Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=i10KPGg1Ej0C&pg=PA117&dq=que+es+el+consumerismo&hl=es&sa=X&ved=0CCAQ6AEwAWoVChMlrfj5zOiXyAIVStgeCh3w8QHk#v=onepage&q=que%20es%20el%20consumerismo&f=false>

⁶⁹ CAIVANO, Roque J. La cláusula arbitral Evolución histórica y comparada. Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad del Rosario, Bogotá D.C. 2008, págs. 271 y ss.

Teniendo como base los anteriores planteamientos, es de precisar que en el caso colombiano no se encuentra regulado el contrato de consumo y la constitución política contiene referencias concretas, relacionadas con el tema y así entonces regula la vigilancia de la producción de bienes y servicios; en el artículo 78 ordena que la ley regule el control de calidad de los bienes y servicios, la información en su comercialización y la responsabilidad de los oferentes cuando atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. Especial referencia se hace en el artículo 365 Ib. a la prestación de servicios públicos, disponiendo que son *inherentes la finalidad social del Estado y es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional*.

En Colombia no se regula el *contrato de consumo* sino la *relación de consumo* como pasa a indicarse, junto a su relación con la *opción de pacto arbitral* como *cláusula de opción*.

1.3.1 Relación de consumo en Colombia – Consumidor^{70 71} – Opción de Pacto arbitral como cláusula de opción

⁷⁰ El artículo 5 num. 3 de la Ley 1480 de 2011 define al consumidor así: “(...) 3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.”

⁷¹ Colombia - Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en la sentencia del 3 de mayo de 2005, M.P. Dr. César Julio Valencia Copete, exp. 50001 31 03 001 1999 04421 00 precisó que el concepto de consumidor es aquel que lo destine para su consumo, esto es no para ser vueltos a comercializar. Así indica: “Este concepto circunscrito al llamado consumidor final, ha sido relacionado por la doctrina con el término destinatario final, tomado del ámbito del transporte, que “trata de manifestar gráficamente una idea básica para la noción, esto es, que adquiere los bienes o servicios para utilizarlos o consumirlos él mismo, y que, en consecuencia, esos bienes o servicios quedan detenidos dentro de su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan a salir al mercado” (Mosset Iturraspe J. y Lorenzetti R., ob. cit., págs. 59 y 60); por tanto, siguiendo a los mismos autores, lo anterior quiere decir que por fuera de la protección normativa quedan los “consumidores - empresarios”, es decir, aquellos cuyos actos se dirigen a ser incorporados en procesos productivos o de naturaleza similar; empero, ha de precisarse, esto no significa que las personas jurídicas no puedan ser consumidores finales, pues aunque normalmente no desempeñan tal rol, en la medida en que “no adquieren, al menos en lo general o común, bienes para sí, para su consumo final o beneficio, y menos aún - por su propia índole - para el grupo familiar o social ... ello no quita que, por excepción, frente a supuestos muy especiales - y no genéricos - se considere a las personas jurídicas como consumidoras de tales o cuales bienes o servicios. ... Tengamos en cuenta que la ley, más adelante, en el artículo 2o, excluye de la condición de consumidores a quienes adquieran bienes o servicios para “integrarlos en procesos de producción ...”; habrá que demostrar que la adquisición por la persona jurídica no tuvo esa finalidad.”

La Ley 1480 de 2011 establece el *estatuto del consumidor* cuyo objeto según el artículo 2 es:

*“Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. Las normas contenidas en esta ley son **aplicables en general a las relaciones de consumo** y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley. Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados”.*

La ley colombiana no se refiere al contrato de consumo sino a la *relación de consumo*; es del caso relievare los siguientes asuntos: **(i)** aplica a las relaciones de consumo en todos los sectores de la economía donde no exista regulación especial, **(ii)** consagra la *protección contractual* de ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (numeral 1.4 del artículo 3), **(iii)** es norma de orden público y cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo excepciones de ley, **(iv)** son válidos los arreglos sobre derechos patrimoniales obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor o productor, **(v)** establece la *interpretación más favorable al consumidor y el indubio pro consumidor*, **(vi)** establece la definición de contrato de adhesión (art. 5-4).

Mediante el Decreto Reglamentario N°1829 de 2013, “*Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012*” dispuso en el artículo 80 la **opción de pacto arbitral** en todo contrato, y **en particular en el de adhesión o contenido predispuesto** como cláusula de opción en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918, a condición que **la estipulación debe ser clara, precisa e informarse explícitamente al celebrarse el contrato**. Al respecto es de destacar lo señalado por el maestro Bonivento Fernández, así:

*“Con la expedición del Decreto 1829 de 27 de agosto de 2013, se elaboró un **amplio escenario de aplicación del arbitraje** al disponer que, en los **contratos**, y en particular los de adhesión o de cláusula predispuesta, **de manera expresa se puede incluir el pacto arbitral como cláusula de opción** en cuanto se le impone al que lo concede la obligación de someterse al arbitraje con los trámites que dicho decreto regula en el artículo 8: **La parte, a cuyo favor se concede la opción de pacto arbitral, podrá aceptarla o rechazarla**, pudiendo **hacerla efectiva, si es aceptada**, ante el correspondiente Centro de Arbitraje para que se resuelva la controversia que surja en derredor del contrato. **No procede la aceptación tácita y la falta de aceptación deja sin efecto la oferta de pacto arbitral**. Y en desarrollo del mandato del artículo 23 de la Ley 51 de 1918, **a falta de estipulación expresa en contrario,***

el plazo o término de vigencia de la opción de pacto arbitral será de un año contado a partir de la celebración del contrato en el que se incorpora la opción.”⁷² (se resalta).

Como lo establece el artículo 23 de la citada ley centenaria la condición dispone la obligación del concedente de cumplir su compromiso y **debe estar sometida a un término o a una condición**⁷³ so pena de ser ineficaz; en su tenor literal la norma dispone:

“La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz. La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse. Las partes pueden ampliar o restringir este plazo.”

Para la aplicación de la *cláusula de opción*, en la opción de pacto arbitral, el artículo 80 del Decreto 1829 de 2013 establece que la aceptación de la oferta de negocio jurídico, cláusula compromisoria, como opción de pacto arbitral **debe aceptarse al instante de celebrar el contrato** y debe ser expresa, libre, espontánea y **en ningún caso impuesta ni se presume** por la celebración del negocio jurídico.

La parte a cuyo favor se concede la opción de pacto arbitral, podrá aceptarla o rechazarla y hacerla efectiva con la presentación de la solicitud ante el centro de arbitraje que dirima las controversias que se susciten de dicho contrato. La falta de aceptación al momento de celebrar el contrato, deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral. Salvo estipulación expresa en contrario, el término de vigencia de la opción es de un (1) año, contabilizado a partir de la celebración del contrato. El artículo 81 Ib. dispone las condiciones que podrá incluir la oferta de negocio jurídico, cláusula compromisoria.⁷⁴

⁷² BONIVENTO, Fernández José Alejandro. Ob. Cit. Pág. 161.

⁷³ El Código Civil regula las obligaciones condicionales y modales, arts. 1530 y ss. La condición puede ser positiva o negativa (que ocurra o no una cosa, art. 1521 CC.), La condición positiva debe ser física y moralmente posible (art. 1532). La condición es potestativa, causal o mixta; potestativa si depende del acreedor o del deudor, la segunda la que depende de un tercero o de un acaso y mixta la que depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso (art. 1534). Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple, si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral, vicia la disposición (art. 1533), la condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.(art.1536), si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida, lo mismo si el sentido o modo de las condiciones son enteramente ininteligibles y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales y la condición resolutoria que es imposible por su naturaleza o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita (art. 1537).

⁷⁴ **Artículo 81.** Para el efecto mencionado la oferta de negocio jurídico, cláusula compromisoria, podrá incluir las siguientes condiciones:

1. **Materia arbitrable:** todas las diferencias que surjan con referencia a la relación de consumo, en cualquiera de sus fases y/o aspectos, originada en el negocio jurídico de adquisición de los bienes o prestación de servicios.
2. **Árbitro y decisión:** un (1) árbitro designado por el Centro, quien resolverá en derecho.
3. **Sede:** un Centro de Arbitraje y Conciliación del lugar del domicilio del consumidor, autorizado para el efecto por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Sobre la opción en sí, el maestro Bonivento alude a las arras en la opción de compra o promesa unilateral de compra indicando que no son aplicables por cuanto la opción queda a condición y decisión del acreedor; en tal medida considera la *cláusula de opción* como una obligación unilateral.⁷⁵

En complemento de la estipulación del *pacto arbitral ficto o presunto* el legislador introdujo en el arbitraje nacional, la institución del *arbitraje social* que a continuación se explica; este es entendido como jornadas de arbitraje social gratuito por parte de los centros de arbitraje en casos de litigio de hasta 40 SMLMV.

1.3.2 Arbitraje social

El artículo 117 de la Ley 1563 de 2012 dispuso el *arbitraje social* así:

“Artículo 117. Arbitraje social. Los centros de arbitraje deberán promover jornadas de arbitraje social para la **prestación gratuita de servicios en resolución de controversias de hasta cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv)**, sin perjuicio de que cada centro pueda prestar el servicio por cuantías superiores. Este arbitraje **podrá prestarse a través de procedimientos especiales**, autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, breves y sumarios.

*En estos procesos las partes **no requieren de apoderado**, se llevarán por un solo árbitro y el centro de arbitraje cumplirá las funciones secretariales. Los centros tendrán lista de*

4. **Plazo para emitir el fallo:** el tribunal arbitral deberá decidir el conflicto en un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la contestación de la solicitud de arbitraje o de la audiencia de pruebas, en su caso.

5. **Trámite:**

- a) Presentación de la demanda;
- b) Designación del árbitro por el Centro, para lo cual tendrá un (1) día hábil, a partir de recibir la demanda;
- c) Contestación de la demanda: dos (2) días hábiles a partir de recibir la demanda de parte del Centro;
- d) Si fuere necesario presentar pruebas, se remitirán junto con la demanda o contestación. A solicitud de parte se podrá llevar una audiencia virtual, dentro de los tres (3) días siguientes a la contestación, para presentar nuevas pruebas;
- e) Decisión: cinco (5) días hábiles a partir del recibo de la contestación o de la audiencia de pruebas, en su caso;
- f) El tribunal no tendrá secretario. No habrá lugar a conciliación ni a audiencia de alegatos;
- g) El árbitro que, conforme a las reglas del deber de información tenga alguna circunstancia para manifestar, deberá abstenerse de aceptar el encargo, caso en el cual el mismo día de la designación así lo manifestará y será reemplazado por el Centro al día siguiente;
- h) Para la demanda, la contestación y el laudo, se utilizarán los formatos que el Centro deberá tener a disposición de los usuarios del sistema, en la respectiva página web;
- i) El trámite se adelantará por vía virtual.

6. **Costo:** el valor del trámite se ceñirá a las tarifas del Centro, aprobadas por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

7. **Direcciones de las partes:** indicación de la dirección electrónica del domicilio del comerciante o empresario y del consumidor.

El destinatario de la oferta de pacto arbitral, podrá o no aceptarla, caso este último en que deberá hacerlo de manera expresa. La no aceptación al momento de celebrar el negocio jurídico, deja sin valor ni efecto de la oferta de pacto arbitral.

⁷⁵ BONIVENTO, Fernández José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Editorial ABC Ltda., XX edición, febrero de 2017, pág. 57.

árbitros voluntarios y será escogido por las partes de dicha lista. Cuando el arbitraje no pueda adelantarse por los árbitros de la referida lista, el centro sorteará de la lista general de árbitros del centro. El árbitro sorteado que se abstenga de aceptar el nombramiento, sin justa causa, será excluido de la lista de árbitros del respectivo centro.

Parágrafo. *El Ministerio de Justicia y del Derecho expedirá la reglamentación a que haya lugar, en donde establezca el número mínimo de arbitrajes sociales gratuitos que cada centro debe adelantar en cada anualidad.*

Los árbitros serán aceptados expresamente por las partes, y en ningún caso recibirán honorarios profesionales en los asuntos de arbitraje social.” (se resalta).

Tal disposición establece una herramienta para que se pueda acudir a esta figura en controversias de hasta 40 SMLMV, sin costo para las partes, y sin perjuicio que los centros de arbitraje,⁷⁶ bajo esta figura, lo presten por cuantías mayores, a través de procedimientos especiales que regule el Ministerio de Justicia y del Derecho y según el reglamento que expida donde *establezca el número mínimo de arbitrajes sociales gratuitos que cada centro debe adelantar en cada anualidad*, se podrá intervenir directamente y la controversia se resolverá por un solo árbitro, escogido de una lista de voluntarios; *el árbitro sorteado que se abstenga de aceptar el nombramiento, sin justa causa, será excluido de la lista de árbitros del respectivo centro.*

Esta institución no fue contemplada en el proyecto de ley y fue introducida en primer debate de la Cámara de Representantes, tal como se indicó en la Gaceta N°108 de 2012⁷⁷ que afirma que se introduce un artículo nuevo, el 117 para regular el arbitraje social gratuito.

En el informe de ponencia para segundo debate⁷⁸ en la Cámara de Representantes, se efectuaron modificaciones a la propuesta inicial incluida en el primer debate, como ya

⁷⁶ Al disponerse legalmente que se realice ante Centros de Arbitraje, implica entonces que el arbitraje es **arbitraje institucional**, de acuerdo a lo regulado en el artículo 2 de la nueva ley.

⁷⁷ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XXI N°108 de 2012, pág.25, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3. Allí se indicó:

31. En el artículo 117, se consagra un artículo nuevo regulando el arbitraje social gratuito, estableciendo obligaciones para árbitros y centros de arbitraje.

32. En el artículo 118, se adicionan dos derogaciones, la primera del artículo 10 del Decreto 1056 de 1953 para habilitar la posibilidad de que en controversias surgidas por la explotación petrolera se pueda acudir al arbitraje. La segunda derogatoria que se adiciona, tiene que ver con el literal 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), toda vez que establece que toda cláusula que establezca la posibilidad de acudir ante un tribunal de arbitraje para la solución de controversias se considerará leonina, razón por la cual se considera pertinente derogar la mencionada disposición toda vez que el arbitraje puede constituir una importante herramienta para la solución de los conflictos entre los consumidores, vendedores y productores, más aún cuando se van a habilitar a nivel legal jornadas de arbitraje social o en la reforma constitucional a la justicia se pretende llevar a la Carta Política el arbitraje obligatorio.

⁷⁸ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XXI N°321 de 2012, pág.25, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3. Allí se indicó:

Artículo 117. Arbitraje social. En el inciso 1° se modifica la expresión “se prestará” por la de “podrá prestarse” por cuanto lo aprobado en tercer debate podría dar lugar a que se sostuviera que el arbitraje social debe necesariamente

se indicó, modificando, entre otros, que el arbitraje no debía prestarse a través de procedimientos especiales sino que podría prestarse a través de tales procedimiento; aclaró que de no aceptar la designación el árbitro de la lista de voluntarios, el centro de arbitraje lo sorteará de la lista general y modificó la disposición legal que señala que cada centro de arbitraje debía realizar un número de arbitrajes sociales gratuitos equivalente al diez por ciento (10%)⁷⁹ del total de arbitrajes onerosos tramitados el año inmediatamente en su lugar defirió al reglamento regular la cantidad mínima de casos de arbitraje social. Los textos de las propuestas para primer debate y las modificaciones para segundo debate, son:

Nuevo	Sección Cuarta <u>Arbitraje Social</u>
Artículo 117. Arbitraje social. Los centros de arbitraje deberán promover jornadas de arbitraje social para la prestación gratuita de servicios en	Artículo 117. Arbitraje social. Los centros de arbitraje deberán promover jornadas de arbitraje social para la prestación gratuita de servicios en

tramitarse por procedimientos especiales y ello no es el propósito. Puede prestarse a través de procedimientos especiales, pero también bajo las reglas generales previstas en el arbitraje.

En el segundo inciso se establece una modificación para que el arbitraje social sea prestado por quienes integran una lista de voluntarios en el respectivo centro de arbitraje, salvo que dicha lista no exista, evento en el cual serán árbitros sorteados de la respectiva lista de árbitros del centro.

Sobre el número mínimo de arbitrajes sociales que un centro de arbitraje debe adelantar, la ley faculta al Ministerio de Justicia y del Derecho para que reglamente la materia.

⁷⁹ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XXI N°270 de 2012, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3. Por esa razón, yo celebro que en el texto hayamos creado el arbitraje social, un arbitraje que para cada arbitramento que se trámite, se le impone el deber de tramitar uno adicional que sea de menor cuantía; incluso el Gobierno fue mucho más agresivo, quiero dejar esa constancia. El Gobierno estaba proponiendo, que por cada arbitramento que se celebrase en Colombia, celebráramos diez arbitrajes sociales, lo que podía poner, en mi opinión, en riesgo la figura misma por la complicación y la congestión que podríamos llevarla de un momento a otro.

Yo creo que la ruta del arbitraje social, va a ser una ruta que cada vez vamos a profundizar más, cada vez vamos a crecer más y me parece que ese arbitraje social se va a hilar enormemente con el arbitramento de carácter vinculante, legal, obligatorio que estamos tramitando en la reforma a la justicia en Colombia.

(...)

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Representante Miguel Gómez Martínez:

Gracias señora Presidenta. Sobre el artículo 117, que establece un porcentaje de arbitramentos sociales, me parece que el porcentaje que se está proponiendo en la proposición del doctor Prada, es excesivo.

Me parece que no consulta la realidad de las diferentes Cámaras de Comercio, del país, aquí hay unas Cámaras que son muy grandes y tienen naturalmente la capacidad de prestar ese servicio social; pero Cámaras pequeñas de ciudades intermedias de nuestro país, que realizan un número muy pequeño de arbitramentos al año, podría resultarles el peso del arbitramento social que es naturalmente gratuito, excesivo. Y yo quisiera que quedara por lo menos constancia de ese comentario, porque creo que, obviamente para la Cámara de Comercio de Bogotá o la de Medellín, el tema no es de mayor preocupación porque tiene una infraestructura humana y técnica muy grande, pero para la Cámara de Comercio de Neiva o la de Cartagena, el tema puede resultar siendo realmente oneroso.

Entonces, pediría que revisáramos ese porcentaje, probablemente un nivel inferior sería más prudente. Gracias, señora Presidenta.

Presidenta: Prada, es una solicitud puntual que la deja como constancia, buscando que ustedes la revisen.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Representante Hernando Alfonso Prada Gil:

Mire Presidenta, aún más, la actitud del doctor Miguel y en general de los ponentes y de la Comisión, ha sido realmente tan proactiva, que yo voy a dejar esa proposición como constancia doctor Miguel, para su tranquilidad, no voy a presionar la votación hoy de ninguna manera y le echamos una revisada con números a bordo para ver el impacto; porque ya lo bajamos de diez a dos, atendiendo un poco la inquietud. Pero si aún así, hay que discriminar entre Cámaras, podríamos poner para un nivel, incluso un número mayor, pero aliviar un poco la carga de las que usted está mencionando.

Y para hacerlo bien, dejémosla entonces como constancia Presidenta, y que continúe entonces el debate.

Presidenta: Bueno, se cierra la discusión. **Secretario:** La proposición, únicamente la del 117, la deja como constancia, ¿la del artículo 58? O sea, esa quiere que se incorpore a lo que se vote hoy. **Presidenta:** Solamente un artículo entonces como proposición, los demás quedan como constancia, más la solicitud hecha por el doctor Miguel Gómez, y usted retira la proposición del 117. Continuamos.

<p>resolución de controversias de hasta cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes (4 smlmv), sin perjuicio de que cada centro pueda prestar el servicio por cuantías superiores. Este arbitraje se prestará a través de procedimientos especiales, autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, breves y sumarios.</p> <p>En estos procesos las partes no requieren de apoderado, se llevarán por un solo árbitro y el centro de arbitraje cumplirá las funciones secretariales. El árbitro <u>será escogido por sorteo y cuando se abstenga de aceptar el nombramiento, sin justa causa, será excluido de la lista de árbitros del respectivo centro.</u></p> <p><u>Parágrafo. Cada centro de arbitraje debe llevar como mínimo un número de arbitrajes sociales gratuitos equivalente al diez por ciento (10%) del total de arbitrajes onerosos tramitados el año inmediatamente anterior.</u></p> <p>Los árbitros serán aceptados expresamente por las partes, y en ningún caso recibirán honorarios profesionales en los asuntos de arbitraje social.</p>	<p>resolución de controversias de hasta cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes (4 smlmv), sin perjuicio de que cada centro pueda prestar el servicio por cuantías superiores. Este arbitraje podrá prestarse a través de procedimientos especiales, autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, breves y sumarios.</p> <p>En estos procesos las partes no requieren de apoderado, se llevarán por un solo árbitro y el centro de arbitraje cumplirá las funciones secretariales.</p> <p><u>Los centros tendrán lista de árbitros voluntarios y será escogido por las partes de dicha lista. Cuando el arbitraje no pueda adelantarse por los árbitros de la referida lista, el centro sorteará de la lista general de árbitros del centro. El árbitro sorteado que se abstenga de aceptar el nombramiento, sin justa causa, será excluido de la lista de árbitros del respectivo centro.</u></p> <p><u>Parágrafo. El Ministerio de Justicia y del Derecho expedirá la reglamentación a que haya lugar, en donde establezca el número mínimo de arbitrajes sociales gratuitos que cada centro debe adelantar en cada anualidad.</u></p> <p>Los árbitros serán aceptados expresamente por las partes, y en ningún caso recibirán honorarios profesionales en los asuntos de arbitraje social.</p>
--	---

En relación con las modificaciones a dicha figura, es de relevancia señalar que en la plenaria de la Cámara de Representantes,⁸⁰ se modificó la cuantía pues era de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) para aumentarla a cuarenta (40) SMLMV de manera que se amplió ostensiblemente la cobertura.

⁸⁰ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XXI N°393 de 2012, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

- **Corolario:**

A manera de conclusión de este capítulo se tiene que el arbitraje como uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos ofrece a las partes a través del pacto arbitral que de común acuerdo, previo o posterior, acuerden de manera libre y voluntaria que en caso de controversias sobre el negocio jurídico celebrado, sean resueltas por un tercero particular, sustrayendo el litigio de la justicia ordinaria.

Tal potestad de celebrarlo de manera libre y voluntaria, característica importante del pacto arbitral, se releva en el caso del *pacto arbitral ficto o presunto* al establecer la ley que si una parte lo invoca y la otra no lo niega expresamente se entiende tal pacto; tal silencio o inacción de las partes afecta la manifestación de la voluntad, expresa, libre y consciente, cuyo análisis se realiza en el siguiente capítulo de tal forma que la ley dispuso que se entiende probado no como confesión, puesto que no se configuran los presupuestos de hecho para tal fin.

El desarrollo y aplicación del *pacto arbitral ficto o presunto* se ve favorecido con la inclusión de la figura del *arbitraje social* gratuito para las partes en cuantía legal de máximo 40 SMLMV, sin perjuicio que los centros de arbitraje opten por hacerlo en cuantías superiores, puede constituirse en un mecanismo para la resolución de conflictos, pero podría verse limitado al permitir la intervención personal sin necesidad de apoderado, puesto que debe cumplir los requisitos de ley para el litigio.

Conforme con nuestra Constitución Política, la interpretación de las normas sobre el contrato de consumo y el pacto arbitral ficto o presunto ha de avenirse a favor del consumidor en garantía de preservar el mínimo de su autonomía de la voluntad, asunto que se plantea en el siguiente capítulo.

La *autonomía de la voluntad* es elemento vital para el surgimiento del *negocio jurídico* como base fundamental de la convención arbitral, que se aminorar en el derecho del consumidor al formarse a través de los *contratos de adhesión*, restringiéndose la voluntad a contratar o no, pese a lo cual se permitió el *pacto arbitral ficto o presunto* en todo contrato y en particular en el de adhesión, por lo cual es imprescindible verificar tal opción y su compatibilidad de cara a la protección del consumidor como *sujeto débil de la relación*, lo que se hará en los capítulos siguientes.

2. Capítulo 2 La autonomía de la voluntad en el arbitraje ficto o presunto en el derecho de consumo

Se aborda el estudio de la autonomía de la voluntad como desarrollo del principio de la libertad y la manifestación de aquella en el pacto arbitral ficto o presunto a través del silencio o la inacción, considerando previamente que el consumidor es el sujeto débil en la relación jurídica asimétrica, por lo que es preciso abordar el análisis de los más relevantes mecanismos de protección sustanciales y procesales.

Fundamentación jurídica: garantía de los derechos individuales – La ley del más débil

Previamente es preciso acudir a la fundamentación jurídica sobre la garantía de los derechos individuales, que se expresan en la autonomía de la voluntad, Para tal fin se acude a los planteamientos del jurista italiano Luigi Ferrajoli quien ha planteado el *garantismo* como concepción del derecho en garantía de límite al poder y propender por la garantía de los derechos de los individuos sobre la base de un sistema de garantías.

Señala que, en general, se hablará de *garantismo*⁸¹ para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes –públicos y privados-, políticos y económicos (o de mercado) en el plano estatal y en el internacional- mediante los que se tutelan, a través del sometimiento a la ley, y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.⁸²

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Editorial Trotta S.A. 2010, págs. 62 y 63.

⁸² Münch, Ingo Von y Ferrer i Riba, Josep - Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada- Editorial Civitas, S.A. 1997, (pp. 15 y 16). Al respecto el autor expone que existiendo los entornos de lo *público* y de lo *privado* es de señalar que **el ámbito de lo público se rige por la democracia y el de lo privado por la libertad**; la democracia no es sólo el gobierno de la mayoría, sino también el respeto a las minorías, como lo señala Ingo Von Münch. A este

Propone llamar garantía a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendido éste como toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) como los derechos sociales o negativa (de no lesiones) como los derechos de libertad; sean derechos patrimoniales o fundamentales.

Ahora bien, para el análisis de la *parte débil desde el punto de vista jurídico* es necesario plantearla desde la forma como el derecho la ha concebido. En el caso del maestro Ferrajoli lo analiza desde el derecho y las garantías para sustentar la ley del más débil.

En su obra Derecho y Garantías La ley del más débil^{83 84} el maestro Luigi Ferrajoli plantea la crisis del derecho y la crisis de la razón jurídica; afirma que la crisis profunda y creciente del derecho se esquematiza en tres aspectos: **(i) crisis de la legalidad**, **(ii) crisis del estado social (welfare state)** y, **(iii) la crisis del Estado nacional**. y esa triple crisis del derecho genera el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia.

Plantea que existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la igual *valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio

respecto, es preciso señalar que tanto lo *democrático* como la *libertad* no son valores aislados en su aplicación, sino que se quiere destacar que son relevantes para sustentar lo *público* y lo *privado*.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. – Derecho y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2004

⁸⁴ FERRAJOLI Luigi. Ob. Cit. pág. 54 Esta esfera pública y este papel garantista del Estado, limitados por Hobbes de manera exclusiva a la tutela del derecho a la vida, se extendieron históricamente, ampliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales: a los derechos civiles y de libertad, por obra del pensamiento ilustrado y de las revoluciones liberales de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos y las constituciones decimonónicas; después, a los derechos políticos, con la progresiva ampliación del sufragio y de la capacidad política; más tarde, al derecho de huelga y los derechos sociales, en las constituciones de este siglo, hasta los nuevos derechos, a la paz, al medio ambiente y a la información hoy objeto de reivindicación pero todavía no constitucionalizados. Los derechos fundamentales se afirman siempre como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.

La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos". Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo, sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo. Se puede decir que las diversas generaciones de derechos corresponden a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: desde las revoluciones liberales contra el absolutismo real de siglos pasados, hasta las constituciones de este siglo, incluidas la italiana de 1948 y la española de 1978, nacidas de la Resistencia y del rechazo del fascismo, como pactos fundantes de la democracia constitucional. También forma parte de esta historia la extensión, aunque sea embrional, del paradigma constitucionalista al derecho internacional. En efecto, igualmente en la historia de las relaciones internacionales, con la institución de la ONU y de las cartas internacionales de derechos humanos, se produjo una ruptura de las que hacen época. La ruptura de ese *Ancien Regime* internacional nacido hace tres siglos de la paz de Westfalia, fundado en el principio de la soberanía absoluta de los Estados y que fue a quebrar con la tragedia de las dos guerras mundiales, (pp. 54).

normativo de igualdad en los derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales— y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. En tal sentido, afirma:

“A diferencia del primero, este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Del tercero le separa el dato de que no desconoce las diferencias, sino que, al contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la propia autonomía en las relaciones con los demás”.

Expone que la igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad y por ser una norma es susceptible de ser violada en *algún grado y medida* y señala que va perfilándose un nuevo y más relevante factor de debilitamiento de la garantía constitucional de los derechos fundamentales, que son entonces los que suponen salvaguardar a la parte débil.

La garantía puede romperse a causa de la *crisis actual del Estado nacional* ante la limitación de la *soberanía* al ser desplazada del estado nación hacia un supra-estado o centro de poder, afectando el sistema de fuentes y alude al caso europeo donde la soberanía militar, económica y de política social de los estados se desplaza a la Unión Europea, señalando:

“Y aun siendo imparable y hasta deseable, por el momento, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional este proceso está poniendo en crisis el tradicional sistema de fuentes. Considérese el valor supra-legal atribuido a las directivas de la Unión Europea, así como, después del tratado de Maastricht, a las decisiones de los organismos comunitarios que se sustraen no sólo a los controles parlamentarios, sino incluso a los vínculos de las constituciones nacionales”.

Continúa afirmando que esta prevalencia, incluso sobre las constituciones de los estados miembros, puede ocasionar el riesgo de deformar la estructura constitucional de las democracias europeas hacia un *nuevo poder absoluto*.⁸⁵

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Garantías, Ob. Cit. De ello se desprende que en la actualidad el paradigma del Estado de derecho puede ser restaurado solamente a través de la estipulación de una Constitución europea, en la que se vuelva a diseñar el sistema hoy totalmente caótico e irracional de los órganos y de las fuentes comunitarias (un Parlamento sin funciones legislativas, un Consejo de ministros y una Comisión dotada de poderes normativos, al

Como lo señala el maestro Piero Calamandrei “*no basta que ante el juez estén dos partes en contradictorio, de modo que el juez pueda oír las razones de los dos; sino que es necesario además que estas **dos partes** se encuentren entre sí **en condiciones de igualdad no meramente jurídica** (se puede querer decir **meramente teórica**), sino que exista entre ellas una **efectiva paridad práctica**, que quiere decir **paridad técnica** y también **paridad económica***”⁸⁶ (se resalta).

También frente a la igualdad ante la ley de los pobres, expresa:

"Existe el peligro de que caiga sobre el pobre aquella maldición que pesa sobre él, cada vez que los ordenamientos democráticos se limitan a asegurarle a él como a todos los ciudadanos, las libertades políticas y civiles; las cuales muchas veces, cuando le faltan los medios económicos indispensables para valerse prácticamente de esas libertades, se resuelven para el pobre con una irrisión. La ley es igual para todos, es una hermosa frase que anima al pobre, cuando la ve escrita sobre la cabeza de los jueces, en la pared de fondo de las salas judiciales; pero cuando se da cuenta de que, para invocar la igualdad de la ley en su defensa es indispensable la ayuda de esa riqueza que él no tiene, entonces aquella frase le parece una befa [burla, grosera ofensiva y malintencionada] a su miseria; como si leyese escrito en un muro que, en virtud de la libertad de prensa (...), todos los ciudadanos son igualmente libres de publicar un gran diario de informaciones o,

margen de cualquier control, una Corte de justicia con competencias limitadísimas) sometiéndolo, de una parte, a las formas de la democracia política y, de otra, a la rígida garantía de los derechos fundamentales. De forma más general, en mi opinión, la crisis simultánea del Estado de derecho, del Estado social y del Estado nacional impone hoy una reflexión sobre las sedes del constitucionalismo, es decir, sobre las sedes de las garantías rígidas impuestas constitucionalmente a todos los poderes en defensa de los derechos fundamentales. Es cierto que históricamente las garantías de estos derechos han nacido y hasta el momento han permanecido vinculadas a la forma —hoy en crisis por arriba y por abajo, debido a los procesos externos de integración supraestatal e internos de autonomización regional— del Estado soberano como «Estado de derecho». Pero este nexo histórico entre Estado y derechos fundamentales es contingente, porque el paradigma garantista del Estado de derecho es aplicable a cualquier ordenamiento. Esta crisis podrá ser superada en sentido progresivo tan sólo si se transfieren a las nuevas sedes políticas y decisorias las sedes de las garantías constitucionales, y se reforma congruentemente todo el sistema de fuentes: reforzando las autonomías locales con una inversión de la jerarquía de las fuentes que garantice su primacía respecto de las estatales; democratizando y sometiendo a nuevos vínculos constitucionales las diversas sedes del poder internacional; poniendo en el vértice de todo el sistema de fuentes, y por tanto sustrayendo rigidamente tanto al mercado como a la política —local, estatal e internacional— las garantías de los derechos fundamentales; poniendo, finalmente, en cuestión la antinomia, que siempre ha atormentado la historia de los derechos fundamentales, entre derechos del hombre y derechos del ciudadano y la tendencia de los primeros a resultar plasmados sobre los segundos, (pp. 115).

⁸⁶ FLÓREZ, Gacharná Jorge - Introducción al nuevo derecho procesal. Derecho procesal civil y comercial Director Omar A Benebentos, editorial Juris 2000 Rosario Pcia de Santa Fe Argentina Proceso y Democracia 1965, Cappelletti Vol. I Murano, Napoli, según anota este en Proceso, Ideologías Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=toj9bGruUU4C&pg=PA125&dq=garantias+procesales+and+colombia&hl=es-419&sa=X&ei=b3hUUd3xJTM9ASuHlCwCw&ved=0CC8Q6AEwAA#v=onepage&q=garantias%20procesales%20and%20colombia&f=false>

en virtud de la libertad de prensa (...), todos los ciudadanos son igualmente libres de enviar a sus propios hijos a los estudios universitarios”⁸⁷ (se resalta).

En el mismo contexto anterior, dentro de los estudios críticos del derecho –*cls. Critical Legal Studies*– Marc Galanter plantea *por que los poseedores salen adelante*, señalando algunas características de un sistema jurídico como el estadounidense, destacando la relación entre la sociedad y el sistema jurídico, donde *los actores de poder y riqueza variables se encuentran constantemente en relaciones competitivas o parcialmente cooperativas en las cuales tienen intereses opuestos* que son demandantes frecuentes frente a otros que son demandantes ocasionales.⁸⁸

Los demandantes frecuentes *se involucran en muchos litigios similares en el transcurso del tiempo* y conforma una unidad más grande y lo que está en juego en cada caso es relativamente menor (frente al total); que tienen poco que perder en el resultado de un caso y que *dispone de recursos suficientes para defender sus intereses a largo plazo*.

Los demandantes ocasionales a su turno, *sus demandas pueden ser tan insignificantes e inmanejables (el consumidor estafado) que el costo de poner en práctica sus derechos supera en mucho las posibilidades de obtener un beneficio*.

Resume el tratadista Galanter que los “poseedores” tienden a salir adelante por su capacidad de estructurar transacciones, tener pericia especializada, economías de escala, estrategias a largo plazo, capacidad de manipular las reglas, tener credibilidad en la negociación, entre otros.⁸⁹

Luego de lo expuesto sobre la teoría jurídica del garantismo en apoyo del sujeto débil en la relación jurídica a continuación se efectúa el análisis de la libertad y su realización en su componente jurídico en la autonomía contractual del consumidor.

⁸⁷ Ob. cit.

⁸⁸ GALANTER, Marc. Por qué los “poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico, págs. 72 y 73. En: Sociología Jurídica – Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos, Mauricio García Villegas, editor. Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, Primera Edición 2001. Págs. 70 a 103.

⁸⁹ GALANTER, Marc. Ob. Cit. Pág. 87.

2.1 La libertad y la autonomía contractual del consumidor

La libertad del individuo se concreta en la autonomía de la voluntad y ésta deviene en la *autonomía contractual*, elemento imprescindible para que surjan las relaciones jurídicas a través de los negocios jurídicos.

El *negocio jurídico* o *acto jurídico* requiere la manifestación *unilateral* o *bilateral de voluntad* ajustada a la ley y destinada a producir un efecto jurídico que puede consistir en la creación, conservación, modificación transmisión, transferencia o extinción de un derecho, como lo define el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez;⁹⁰ quien continúa señalando que los actos bilaterales que no nacen sino mediante el concurso de las voluntades de dos o más personas toman el nombre de **convenciones**, de manera que puede definirse la convención como el “*acuerdo de las voluntades de dos o más personas con el objeto de producir un efecto jurídico*” y los contratos quedan comprendidos en esta definición, pues si la convención tiene además por objeto crear obligaciones, toma el nombre de **contrato**, que puede definirse éste como el “*acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones*”.⁹¹

Para el maestro Valencia Zea tanto las declaraciones unilaterales de voluntad como las plurilaterales se expresan en el *negocio jurídico*; y señala que la expresión contrato es equivalente a la de negocio jurídico obligatorio.⁹²

En el derecho colombiano la definición de contrato la contiene el artículo 1495 del Código Civil que dispone: “*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas*”; esta definición alude a la declaración unilateral de voluntad, pues solamente una de las partes se obliga. Ya el artículo 1496 Ib. alude al contrato unilateral y bilateral.⁹³

⁹⁰ ALESSANDRI, Rodríguez Arturo – De los Contratos, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago [de Chile] 1976, pág. 5.

⁹¹ ALESSANDRI, Rodríguez Arturo, Ob. Cit. pág. 6.

⁹² VALENCIA, Zea Arturo et al. – Derecho Civil – Obligaciones, tomo III, Décima Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2010, pp. 56.

⁹³ ARTICULO 1496. CONTRATO UNILATERAL Y BILATERAL. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

El maestro Valencia Zea plantea que el término *contrato* debe limitarse a los convenios en virtud de los cuales se crean obligaciones patrimoniales; el artículo 864 del Código de Comercio define que: “*Contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial*”. Concluye señalando: “*Se desprende de esta definición legal que el contrato es negocio jurídico bilateral o plurivoluntario de contenido patrimonial, creador de obligaciones y, por lo tanto, supone dos partes que han dado su consentimiento; quien debe ejecutar la prestación es el deudor y quien la puede exigir será el acreedor.*”⁹⁴

De manera que la *autonomía de la voluntad* expresada en el contrato, implica la asunción de derechos y correlativamente contraer obligaciones; al respecto el maestro Valencia Zea define: “*Toda obligación supone una limitación de la libertad de las personas entre quienes se establece el vínculo jurídico, y esta limitación no se da por sí sola, sino que requiere un hecho o causa idónea capaz de crearla*”.⁹⁵

Corolario de lo expuesto, se tiene que la autonomía de la voluntad es la expresión y garantía de la libertad pues sin ella no puede haber autolimitación de sus derechos y de la libertad misma, tornándose esencial el estudio de la *declaración de la manifestación de la voluntad*.

2.1.1 Declaración de la manifestación de la voluntad

Siendo el acto jurídico una manifestación de voluntad encaminada a la producción de efectos jurídicos, no pueden faltar ni la voluntad real de las partes (elemento interno) ni la manifestación o declaración de la voluntad (elemento externo),⁹⁶ es decir, la voluntad debe trascender del fuero interno en que se gestan las relaciones sociales que son el objeto propio del derecho.

En el derecho moderno rige el principio de la *consensualidad* de los actos jurídicos que permite a los particulares la libertad de escoger su forma, bien verbal o escrita o de la manera en que se exprese inequívocamente su voluntad de actuar; en algunos casos la legislación establece que el silencio puede llegar a constituir la forma de consentir en

⁹⁴VALENCIA, Zea Arturo. Ob. Cit. pág.57.

⁹⁵ VALENCIA, Zea Arturo Ob. Cit. pág. 47.

⁹⁶ OSPINA, Fernández Guillermo, et. al. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 1998, pág. 98.

ciertos actos jurídicos. Así que la forma de la declaración debe ser legítima a través de la consensualidad o atendiendo a las prescripciones legales cuando se trata de actos formales o solemnes.⁹⁷

Para el caso que nos ocupa es relevante tomar en consideración tanto la voluntad real como su manifestación, cuya necesaria coherencia permitirá la producción de los efectos jurídicos; para el caso en que se presentan discrepancias la doctrina jurídica ha elaborado varias teorías, las dos más relevantes y antagónicas son: **(i)** la prevalencia de la voluntad real sobre la manifestación y, **(ii)** la primacía de la declaración o manifestación sobre la voluntad real; en otras palabras, el antagonismo de la voluntad como sustancia y de la declaración como forma.

La prevalencia de la voluntad real deriva del postulado de la autonomía de la voluntad privada, que sustenta el aforismo según el cual la voluntad es la sustancia de los actos jurídicos. Sostiene el tratadista Ospina Fernández que la declaración o acto aparente que no obedezca a este principio debe ser condenada de cualquier manera a la ineficacia. La crítica a esta concepción la formulan ideologías positivistas y socialistas que ven en la prevalencia de la voluntad, la encarnación del “pernicioso individualismo” y que la declaración debe prevalecer por la seguridad del comercio y la confianza pública que reposan en la estabilidad de los actos aparentes, ostensibles, y no en el pensamiento oculto e inasible de los individuos.

Otros planteamientos son la Teoría de la Responsabilidad de Ihering y la Teoría de la Buena Fe. En la primera, plantea la indemnización de los perjuicios sufridos por los destinatarios a consecuencia de la declaración de ineficacia de los actos; esta teoría de la responsabilidad o *culpa in contrahendo* fue reformulada para señalar que si existe dolo o culpa de los agentes debe mantenerse el acto para sancionar dichas conductas. En la segunda teoría, se plantea que la confianza y la buena fe hacen que se mantenga el acto puesto que se presume la buena fe, pero si se conocía esa real voluntad debe declararse la ineficacia del acto. Es una posición ecléctica.⁹⁸

El sistema legal colombiano optó por la prevalencia de la voluntad real sobre la declaración, como lo dispone, entre otros, el artículo 1502 del Código Civil que dispone:

⁹⁷ OSPINA, Fernández Guillermo, et. al Ob. Cit. pág. 101 y ss.

⁹⁸ OSPINA, Fernández Guillermo, et. al. Ob. cit. pp. 106 y 107

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz, que consienta dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito; que tenga una causa lícita.”.

En la teoría del derecho la manifestación de la voluntad constituye la forma del acto jurídico y como lo señala Garibotto la doctrina distingue entre las llamadas *formas libres* y las denominadas *formas impuestas* o *legales*.⁹⁹

Las formas libres son las estipuladas por las partes por ser aplicación del principio de la autonomía privada y se conoce como *principio de libertad de las formas* sin perjuicio que para probar su existencia la ley fije la forma v.gr. por escrito y se dice entonces que la forma es *ad probationem*.

Las formas impuestas o legales son aquellas que la ley dispone que ciertos actos jurídicos sean otorgados bajo determinadas formas y será entonces *ad solemnitatem*.

Los actos jurídicos en razón de su forma se clasifican en *actos no formales* y en *actos formales*; los primeros son *no solemnes* y los segundos son *actos solemnes*; como se deduce están relacionados con las formas libres y las formas impuestas o legales.

Ahora bien, si el consentimiento consiste en el concurso real de las voluntades de dos o más personas, solamente existirá cuando converjan las voluntades en el mismo querer, y se surtirá, al menos, en dos etapas, la propuesta y su aceptación, que podrán ser simultáneas o diferidas. La legislación civil no regula la formación del consentimiento como si lo hace la legislación comercial, aplicable por analogía, conforme el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.¹⁰⁰

La forma del acto jurídico adquiere relevancia ante terceros mediante su publicidad; así que para algunos actos jurídicos la ley exige su inscripción en determinados registros, generalmente, públicos¹⁰¹ y de allí se extrae la existencia de documentos públicos y privados. En Colombia el artículo 243 del Código General del Proceso alude a los documentos públicos y privados.

⁹⁹ GARIBOTTO, Juan Carlos. Teoría General del Acto Jurídico. Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1991, págs. 105 y 106.

¹⁰⁰ VALENCIA, Zea Arturo. Derecho Civil – De las Obligaciones. Novena edición, Tomo III, Editorial Temis S.A., 1998 pág. 103.

¹⁰¹ GARIBOTTO, Juan Carlos. Ob. Cit. pág. 108 y 109.

Para el caso del pacto arbitral ficto o presunto, la manifestación de la voluntad podrá configurar su autonomía a través de la inacción o el silencio, por lo que es preciso considerar a continuación los más importantes institutos jurídicos que la explican y la justifican.

2.1.2 El pacto tácito: Teoría de los Actos Propios – *Stoppel y Verwirkung*

En relación con la autonomía de la voluntad se tiene que en el *pacto arbitral ficto o presunto* esta subyace a través bien el silencio o bien de la inacción. El silencio o la inacción pueden generar la consecuencia jurídica de configurar el *pacto tácito*. En unos casos por expresa determinación legal y en otros como en la *Teoría de los Actos Propios* en el que el silencio se denomina *declaración tácita de la voluntad*. Así lo expone el tratadista Borda.¹⁰²

En Colombia, nuestra legislación contempla los efectos del silencio y en las normas civiles, por ejemplo, se establece el *consentimiento presunto* al disponer el artículo 736 del Código Civil que quien haya tenido conocimiento del uso que de una materia suya se hacía por otra persona, se presumirá haberlo consentido y sólo tendrá derecho a su valor. Del artículo 739 Ib., se infiere la autorización del propietario si a ciencia y paciencia del dueño del terreno se ha edificado, plantado o sembrado. El artículo 1290 Ib., dispone que se entenderá que repudia una asignación, al asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia. El artículo 2151 Ib., regula la *aceptación presunta respecto de profesionales*, que dispone: “*Las personas que por su obligación u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación. (...)*.”

En los casos que la ley no determina la consecuencia jurídica del silencio, se aplica la regla de derecho de la *Teoría de los Actos Propios* “*venire contra factum proprium non valet*”, derivada del principio de la buena fe y en protección a la confianza depositada por un comportamiento coherente entre las partes; afirma el tratadista Borda que:

¹⁰² BORDA, Alejandro. La Teoría de los Actos Propios y el silencio como expresión de la voluntad. En Contratación Contemporánea – Teoría General y Principios. ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Palestra Editores Lima-Perú, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 2000, pág. 76 y ss.

“(…) dicha teoría apunta primordialmente a la buena fe objetiva; esto es, la confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá, en un caso concreto, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales (por ejemplo, la regla objetiva de la honradez, en el comercio que lleva a creer en la palabra empeñada.”¹⁰³

Afirma que el silencio genera la declaración tácita de voluntad y continúa planteando que la teoría de los actos propios ha sido considerada en las figuras del *Stoppel* del derecho anglosajón y en la *Verwirkung* del derecho alemán.

Afirma el tratadista en cita que la figura del *Stoppel* en su modalidad de *Laches* busca proteger a quien ha confiado en la apariencia creada ante la situación generada por la actitud pasiva del otro sujeto, de manera que quien ejerce con negligente retraso el ejercicio del derecho del que es titular, se interpreta como tácito consentimiento de la situación creada y que el derecho no será ejercido. Señala que esto paliaba la inexistencia de la figura de la prescripción extintiva extraña al derecho anglosajón.

En el derecho internacional el *Stoppel* se aplica para prohibir cambios que afecten la confianza legítima adquirida de buena fe sobre la base del comportamiento de la otra parte. Así, *Stoppel* implica un principio de prohibición de las retracciones en derecho internacional cuando el cambio de actitud lesiona la situación adquirida de buena fe por un tercero, amparándose en el comportamiento original del estado que realiza ese camino.¹⁰⁴

En relación con la figura homóloga del derecho alemán, el *Verwirkung* sanciona la deslealtad del titular del derecho quien habiendo asumido una conducta pasiva intenta luego sorprender al otro. Indica que tiene en común con la prescripción que es necesaria la omisión del ejercicio de un derecho por un período de tiempo determinado.¹⁰⁵

Es de indicar que otras implicaciones entre el silencio, la teoría de los actos propios y la prescripción, exceden los límites del presente trabajo. No obstante, es pertinente aludir a que el autor, ya señalado, no comparte los efectos de tales figuras, y señala que ha de atenerse a lo dispuesto en la ley en materia de prescripción, pues la pérdida del derecho

¹⁰³ BORDA, Alejandro. Ob. Cit. pág.70

¹⁰⁴ HERMIDA, Roberto Carlos: El alcance de las Cláusulas de Nación más Favorecida en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: vexata quæstio o “una tierra de nadie ferozmente disputada en el Derecho internacional” Disponible en: <http://www.kluwerarbitration.com.ezproxyegre.uniandes.edu.co:8888/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-1438107-n#footnote-ref-a0094>

¹⁰⁵ BORDA, Alejandro. Ob. Cit. págs. 76 y 77.

sólo puede operar cuando ha transcurrido el tiempo y condiciones para la prescripción extintiva o adquisitiva (usucapión) y que la teoría de los actos propios no puede tomar el silencio como conducta vinculante sino por expresa disposición legal o por cláusula contractual expresa, que señalen sin duda alguna los efectos de la voluntad tácita y aplicable también como protección de la confianza.

La doctrina de los actos propios que en latín es conocida bajo la fórmula del principio del “*venire contra factum proprium non valet*”, proclama el principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente.

Las anteriores consideraciones sobre el propósito de dichas instituciones jurídicas, se tornan útiles para establecer reglas de derecho, y solventar casos prácticos en los que pueda existir divergencia o duda sobre el pacto arbitral. Para nuestro caso el *pacto arbitral ficto o presunto* propio de nuestro derecho nacional se basa en la invocación; la figura del *Stoppel* es propia del derecho internacional y ha servido para morigerar el requisito de la forma escrita exigida por los tratados internacionales, en particular la Convención de Nueva York. En ese sentido, si en materia internacional se admiten nuevos medios demostrativos del acuerdo, superando la forma escrita, ello pasa en el campo nacional con la exigencia del pacto por escrito.

Por vía de ejemplo y a manera de considerar la aplicación del “*Principio Stoppel*” en un caso práctico de arbitraje de inversión, se tiene que en el caso “*Examen de la CNMF en el APPRI España –Uruguay*” que debatió la aplicación del principio de *Nación más favorecida* CNMF en el tratado celebrado por Uruguay con España frente al celebrado con Francia, se consideró que:

“La forma más directa de demostrar la intención de las partes es recurriendo a los trabajos preparatorios del tratado (87) , que resulta “un medio de interpretación complementario” según el art. 32 de la Convención de Viena.

De igual manera, resultan importantes los documentos o expresiones formales de parte del Estado, emanadas de sus órganos representativos –Poder Ejecutivo o Poder Legislativo–, y que, inequívocamente reconozcan o brinden una interpretación del concepto, especialmente cuando esos actos o documentos significan la fijación de una posición sobre los mismos, y sobre la cual no puede desdecirse o negarlos, a riesgo de violar la reconocida regla del derecho internacional denominada “Principio Stoppel” o “teoría de los actos propios”.
(...)

¿Como debería interpretarse la intención de las partes, o las políticas públicas adoptadas por los Estados?.

¿Puede considerarse la aplicación del principio Stoppel? Si se sigue el criterio del caso Renta 4, la literalidad de la CNMF del APPRI “Uruguay – España”, indicaría que no es posible aplicarla a cuestiones relativas a la solución de controversias. Ahora bien, es aquí donde adquiere relevancias lo afirmado en el caso Wintershall, donde para el Tribunal, la prueba y los elementos objetivos son esenciales para interpretar cual ha sido la intención de las partes, concluyendo que la posición podría ser modificada, si se demostrase que la intención común de las partes (en este caso especialmente de Uruguay) ha sido que la CNMF se aplicase a cuestiones vinculadas con la solución de controversias.”¹⁰⁶

A nivel internacional en UNCITRAL como en la Convención de Nueva York se contempla el acuerdo tácito para arbitrar y, en traducción libre, se expone que:

“Como fue aprobado por UNCITRAL, tanto la opción 1 como opción 2 confirman que los requerimientos actuales de “escritura” (343) de la convención de Nueva York están mal adaptados para las transacciones comerciales contemporáneas. Ambas opciones permiten acuerdos orales y tácitos para arbitrar, y dispensan con los requerimientos de “intercambio” y “firma” de la convención. En la página de práctica “699”, el efecto de las 2 propuestas es probablemente muy similar (porque los requerimientos formales de “escritura” de la opción 1 son coextensivos en la mayoría de los requerimientos de evidencia bajo la opción 2). (344) En cualquier caso, sin embargo, el texto revisado mejora materialmente en el artículo 7 del modelo legal de 1985 y el en el artículo 2 de la convención de Nueva York. (345).”¹⁰⁷

A su turno, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, dispone en el artículo 2 que los Estados Contratantes reconocerán el acuerdo por escrito en el que las partes se obliguen a someter a arbitraje sus diferencias que hayan surgido o puedan surgir en una relación jurídica, contractual o no contractual de un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. Dicha norma vigente podría implicar que un acuerdo arbitral que no conste por escrito no sea ejecutable bajo la Convención de Nueva York, pero como lo sostiene González de Cossio:

“(…) dicha postura sería equivocada por tres motivos: (a) los requisitos de forma

¹⁰⁶ HERMIDA, Roberto Carlos. Ob. Cit. Disponible en:

<http://www.kluwerarbitration.com.ezproxyegre.uniandes.edu.co:8888/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-1438107-n#footnote-ref-a0094>

¹⁰⁷ As approved by UNCITRAL, both Option I and Option II confirm that the New York Convention’s current “writing” requirement (343) is ill-suited for contemporary commercial transactions. Both options permit oral and tacit agreements to arbitrate, and dispense with the Convention’s “exchange” and “signature” requirements. In page “699” practice, the effect of the two proposals is likely to be very similar (because Option I’s formal “writing” requirement is likely to be co-extensive in most cases with the evidentiary requirements under Option II). (344) In either case, however, the revised text improves materially on Article 7 of the 1985 Model Law and Article II of the New York Convention. (345). Disponible en: <http://www.kluwerarbitration.com.ezproxyegre.uniandes.edu.co:8888/CommonUI/search.aspx?guid=00655f77-17db-44f2-936f-d50b3505cc22&subscription=KluwerArbitration>.

contemplados en la Convención de Nueva York aplican al deber de la judicatura de remitir a las partes al arbitraje, no a la validez o ejecutabilidad del laudo; (b) la determinación de validez del acuerdo arbitral para efectos de la ejecutabilidad del laudo se realiza en base al derecho (nacional) aplicable; y (c) en caso de duda sobre la validez, la disposición de derecho más favorable de la Convención de Nueva York salvaría la ejecutabilidad del laudo. (...)."¹⁰⁸

En relación con el acuerdo tácito el modelo UNCITRAL contempla esa figura para el inicio del arbitraje; veamos el caso en traducción libre:

"[h]. Exención como base para satisfacer requerimientos de forma muchos regímenes de arbitraje nacional proveen que una parte pierda su derecho a objetar a una jurisdicción del tribunal de arbitraje si no presenta su objeción de manera oportuna. Por ejemplo, como se discute más adelante, el artículo 16(2) del modelo legal UNCITRAL requiere que cualquier objeción a la jurisdicción del tribunal de arbitraje sea presentada después de lo contemplado en la página "708" del escrito de contestación. (400) otros estatutos de arbitraje nacional y/o decisiones judiciales son similares. (401) Bajo estas autoridades, la aceptación tácita por la parte del inicio del arbitraje por la contraparte puede sentar bases para un acuerdo válido de arbitraje.

*Aunque pocos casos discuten expresamente este punto, estos "acuerdos tácitos" de arbitraje son considerados en general como formal y sustantivamente válidos. Este resultado genera preguntas adicionales concernientes a la coherencia de interpretaciones del artículo 2 de la convención de Nueva York, insistiendo acerca de un escrito firmado o un intercambio de escritos, hasta la exclusión de acuerdos implícitos o tácitos. Si los principios de exención pueden sobrepasar los defectos formales en un acuerdo de arbitraje luego de que aparece una disputa, es difícil el ver por qué no podrían hacerlo antes que surja."*¹⁰⁹

El desarrollo de los anteriores planteamientos, conllevan indefectiblemente al estudio de los mecanismos de protección al consumidor dada su condición de sujeto débil

¹⁰⁸ GONZÁLEZ de Cossío, Francisco. La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo.

Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/FORMA%20ACUERDO%20ARBITRAL.pdf>

¹⁰⁹ [h]. Waiver as Basis for Satisfying Form Requirements Many national arbitration regimes provide that a party loses its right to object to an arbitral tribunal's jurisdiction if it fails to raise this objection in a timely fashion. For example, as discussed below, Article 16(2) of the UNCITRAL Model Law requires that any objection to an arbitral tribunal's jurisdiction be raised no later than the page "708" statement of defense. (400) Other national arbitration statutes and/or judicial decisions are similar. (401) Under these authorities, a party's tacit acceptance of its counterparty's initiation of arbitration can provide the basis for a valid arbitration agreement.

Although few cases expressly discuss the point, such "tacit" arbitration "agreements" are generally regarded as formally, as well as substantively, valid. (402) This result raises further questions regarding the coherence of interpretations of Article II of the New York Convention insisting upon a signed writing or an exchange of writings, to the exclusion of implied or tacit agreements. (403) If principles of waiver can overcome formal defects in an arbitration agreement after a dispute arises, it is difficult to see why they cannot do so beforehand.

Disponible en:

<http://www.kluwerarbitration.com.ezproxyegre.uniandes.edu.co:8888/CommonUI/search.aspx?guid=00655f77-17db-44f2-936f-d50b3505cc22&subscription=KluwerArbitration>

de la relación jurídica asimétrica y para el caso que se configure el pacto arbitral ficto o presunto por su silencio o inacción.

2.2 Mecanismos sustanciales de protección al consumidor – Garantismo - Justicia Distributiva - Normas tuitivas

En lo sustancial para la protección del consumidor, la justicia distributiva es muy adecuada a tal fin; la idea de la justicia distributiva guarda relación tanto con el *ser* y el *hacer* como con el *tener*, con la *producción* tanto como con el *consumo*, con la identidad y el *status* tanto como con el país, el capital o las posesiones personales al decir del tratadista Walzer quien afirma que la sociedad humana es una comunidad distributiva y que ideologías y configuraciones políticas distintas justifican y hacen valer distintas formas de distribuir, resumiendo, todo cuanto hace relación a la sociedad humana en sus múltiples relaciones (sociales, políticas, económicas, culturales, de identidad, etc. etc.).¹¹⁰

Continúa indicando que nunca ha existido un medio universal de intercambio y que desde la declinación de la economía del trueque, el dinero ha sido el medio más común. *Pero la vieja máxima de que hay cosas que el dinero no puede comprar, es no sólo normativa sino también fácticamente cierta* y sobre esto afirma que: *A lo largo de la historia el mercado ha sido uno de los mecanismos más importantes para la distribución de los bienes sociales; pero nunca ha sido, y en ningún lugar es hoy, un sistema distributivo completo* y que nunca ha habido un criterio único o un conjunto único de criterios interrelacionados para toda la distribución; que en torno a la *justicia distributiva*, *la historia exhibe una gran variedad de disposiciones e ideologías*.¹¹¹

Funda su planteamiento en los que denomina *igualdad simple* explicándola en suponer una sociedad en la que todo está a la venta y todos tienen los medios –dinero– para adquirirlo todo, y esta sería la *condición original*, que se desequilibraría posteriormente por el progreso o el libre intercambio en el mercado, indefectiblemente generará desigualdades y otros bienes entran en juego y la desigualdad cobra nuevas formas; ejemplifica diciendo que si todos pueden comprar educación y unos lo hacen y otros no y luego venden otros bienes destinados únicamente a quienes tengan educación,

¹¹⁰ WALZER, Michael Las esferas de la justicia – Una defensa del pluralismo y la igualdad. Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión 1997, pág. 17.

¹¹¹ WALZER, Michael. Ob. Cit. pág. 18

todos invertirán en educación o con mayor probabilidad la adquisición se universaliza y la escuela se convertirá en un mundo competitivo donde el dinero no es el predominante sino los talentos y entonces los talentosos al cabo del tiempo, exigirán que el bien que controlan, el talento, tenga predominio fuera de la escuela: cargos, títulos, prerrogativa, incluso la riqueza, todo deberá ser poseído por ellos. Y ante esto ¿qué hacer entonces? se pregunta y responde que es posible fijar límites a los nuevos esquemas de conversión reconocer, pero restringir el poder monopolizador de los talentosos y que, piensa, dice, ese es el *principio de diferencia* de John Rawls, conforme al cual *las desigualdades se justifican sólo si se orientan a generar, y de hecho generan, el mayor beneficio social a la clase social menos aventajada*. Señala que al acceder a la pretensión de quien reclama mayor beneficio, se deberá regular la actividad de aquel y que esa regulación tendrá que ser asunto del Estado y entonces el poder mismo del Estado se convertirá en el objeto central de la pugna competitiva; se buscará monopolizarlo y luego usar el Estado a fin de consolidar su propio control de otros bienes sociales. Indica que la política es siempre el camino más directo para tal predominio y *el poder político (más que los medios de producción) es acaso el más importante, y desde luego el más peligroso bien en la historia humana*.¹¹² De tal manera alude a la igualdad compleja.¹¹³

Como lo anota el tratadista Walzer, John Rawls plantea un enfoque sobre la justicia como equidad;¹¹⁴ el tratadista Rawls hace su planteamiento desde la Filosofía Política e indica que en *Teoría de la Justicia* (1971), John Rawls proponía una concepción de la justicia a la que llamó “justicia como equidad”. “De acuerdo con la justicia como equidad, los principios más razonables de la justicia son aquellos que serían objeto de acuerdo mutuo entre personas sujetas a condiciones equitativas; continúa exponiendo que los principios que articula afirman una concepción liberal, en sentido amplio, de los derechos y libertades fundamentales, y sólo permite la desigualdad de riqueza e ingreso que redunden en beneficio de los menos favorecidos.

De lo anterior y para el caso de este escrito, interesan los elementos fundantes de la *justicia como equidad* que está pensada para una sociedad democrática, entendida como como un sistema equitativo de cooperación social entre ciudadanos concebidos como

¹¹² WALZER, Michael. Ob. Cit. págs. 27 y 28.

¹¹³ En su obra además analiza los siguientes elementos que sustentan su teoría: la pertenencia, seguridad y bienestar, dinero y mercancía, el cargo, trabajo duro, tiempo libre, la educación, parentesco y amor, la gracia divina, el reconocimiento, el poder político, y tiranías y sociedades justas.

¹¹⁴ RAWLS, John. La Justicia como Equidad, Una reformulación. Editorial Paidós. Barcelona 2002, pág.13 (prólogo del editor).

libres e iguales, donde los principios que gobiernan son el *principio de justicia* y el *principio de igualdad*; el primero garantiza las libertades básicas iguales y el segundo, la igualdad equitativa de oportunidades.¹¹⁵

Tales principios los desarrolla indicando que **(i)** *cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos y, (ii) las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones, en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades y en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia)*. Plantea que tales principios deben considerarse en tal orden de manera que al aplicar un principio se garantice que los principios previos estén satisfechos y así la aplicación de los principios de distribución, asegure las libertades básicas iguales, incluido el valor equitativo de las libertades políticas, así como la igualdad equitativa de oportunidades.¹¹⁶

En cuanto las libertades básicas iguales, contempla las libertades políticas y sociales y los derechos y libertades amparados por el imperio de la ley. Afirma que el principio de las libertades básicas *cubre las esencias constitucionales*, mientras que el segundo, son los gobernados por el principio de diferencia. En relación con los principios de justicia indica que son adoptados en una secuencia de cuatro etapas; al respecto afirma:

“(...) En la primera etapa, las partes adoptan los principios bajo un velo de ignorancia. En las tres siguientes etapas se van relajando progresivamente las limitaciones del conocimiento disponible; la etapa de la convención constituyente; la etapa legislativa en la que se aprueban leyes permitidas por la constitución y exigidas y permitidas por los principios de justicia y la etapa final en la que las reglas son aplicadas por los administradores y seguidas en general por los ciudadanos, y en las que las leyes son interpretadas por los miembros de la judicatura. (...)”

Expone otra serie de fundamentos que escapan al objeto del presente escrito; solo resta indicar que funda su teoría en 3 pilares: la idea de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, la idea de una sociedad bien ordenada y la idea de la estructura básica de la sociedad. El velo de ignorancia, alude a que el acuerdo entre personas libres

¹¹⁵ RAWLS, John. Ob. Cit. pág. 94.

¹¹⁶ RAWLS, John. Ob. Cit. págs. 72 y ss.

ha de estar desprovisto de los rasgos y circunstancias particulares de la estructura básica existente y no distorsionada por ellos.¹¹⁷

Expuesto el fundamento de la justicia es preciso considerar lo relacionado con el contrato y en concreto con el contrato de consumo que se expresa a través del contrato por adhesión, sobre el que se aplica el concepto de justicia a través de la interpretación por los operadores jurídicos.

2.2.1 Contrato por adhesión^{118 119}

Dado el desarrollo de los contratos y en particular de los contratos de consumo en los que se materializa la *relación de consumo* regulada en Colombia en la Ley 1480 de 2011 denominada *Estatuto del Consumidor* es preciso analizar lo atinente al contrato por adhesión y los efectos en éstos de las cláusulas abusivas.

Previamente es de aludir a la necesaria interrelación entre la autonomía de la voluntad y el contrato de adhesión; el tratadista Suescún Melo expone sobre la crisis del principio de la autonomía privada, que fue entendida en el siglo XIX y erigida como cimiento de la organización jurídica, *en la cual el derecho es producto del mero querer de las personas, para lo cual se las dota -con restricciones menores- del máximo poder creador de sus propias relaciones, lo que logran a través del contrato* y continúa señalando que *se trata entonces, de una voluntad creadora de reglas de derecho igual a la ley* y concluye que *esta concepción voluntarista del contrato reposa sobre dos fundamentos: el de la libertad y el de la igualdad.*¹²⁰

Prosigue indicando que esa filosofía liberal, individualista y voluntarista del contrato ha sido blanco de críticas por tendencias modernas de “*socialización del*

¹¹⁷ RALWS, John. Ob. Cit. pág. 39

¹¹⁸ VALLESPINOS, Carlos Gustavo. ob. cit. pág. 236, señala que el primero en visualizar el problema o al menos de manifestarlo públicamente fue el francés Raymon Saleilles en 1901 en su obra *La Declaración de la Voluntad* donde al analizar el art. 133 del Código alemán emplea la expresión “contra d’adhésion”; esta incursión doctrinaria fue seguida en Francia por autores de la talla de Derux, Ripert, Dugit, Hauriou; cita las obras. Alude a que desde Ripert nunca se ha establecido nítidamente el concepto, tan sólo se ha caracterizado la figura.

¹¹⁹ VALLESPINOS, Carlos Gustavo. ob. cit. pág. 239 Señala que está superada la distinción doctrinaria entre contrato “por” adhesión y contrato “de” adhesión que tanto preocupara a Dereux a comienzos del siglo: La una: simple técnica contractual, la otra: figura típica.

¹²⁰ SUESCÚN, Melo Jorge. Derecho Privado-Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Cámara de Comercio de Bogotá Tomo I. Bogotá d.c. 1996, pág. 244.

derecho”, las cuales combaten la concepción clásica y sus pilares: la libertad y la igualdad, a las que califica de falacias y afirma:

“En efecto, se reprocha que la igualdad que se preconiza es meramente formal ante la ley, la que no impide la desigualdad real y efectiva que surge de hondas diferencias sociales y económicas. Por tanto, se propone que el derecho no parta de supuestos teóricos sino de hechos palpables y que, en consecuencia, trate de reequilibrar las situaciones protegiendo al más débil.

En igual sentido se sugiere que a la libertad se le dé un contenido real, dejando de lado su postulación abstracta, lo que implica dotar a los individuos de los medios para su cabal ejercicio. No es lo mismo el reconocimiento de la libertad que su logro efectivo. La libertad existe cuando la voluntad puede decidir sin ceder ante la presión de las circunstancias que imponen un obrar determinado. Para llegar a esta libertad cierta el derecho tiene la tarea de atender directamente la tutela de las necesidades básicas, pues sin esto no hay verdaderamente iniciativa ni poder de decisión que son los presupuestos de la libertad.”¹²¹

Prosigue indicando que los críticos de la doctrina clásica señalan al contrato como un instrumento de injusticia y explotación en virtud que la ley civil les concede en ocasiones un excesivo respeto a las convenciones privadas, *en detrimento de la equidad y de las exigencias morales*. Afirma que no estamos ante una crisis del contrato, pues su estructura se mantiene y sigue siendo un instrumento fecundo para la convivencia social; que en síntesis no es el contrato en sí sino el postulado de la autonomía de la voluntad, declive marcado por querer equiparar la voluntad privada con la ley, sin querer reconocer que es la ley la que le da fuerza obligatoria a las estipulaciones pues no es de la voluntad de los contratantes sino del reconocimiento que le hace el ordenamiento jurídico., Sostiene que otro de los factores que ha contribuido a eclipsar la teoría de la voluntad es el abuso que se ha hecho de la libertad de contratación en un marco socioeconómico *que permite a los más fuertes sacar provecho de los más débiles, por lo que se mira como medio de dominación e injusticia*. Finalmente en relación con tal asunto, indica que la libre contratación sólo tenía unas mínimas barreras de escasas normas imperativas y las nociones de derecho público y las buenas costumbres y se pasó a un marcado intervencionismo de estado con una *mayor infiltración de elementos éticos y sociales*, de naturaleza imperativa; que una primera muestra del recorte fue la aparición del *derecho social para regular un régimen de contenido las relaciones entre patronos y empleados* y que esta evolución le arrebató al derecho privado esas relaciones sociales creando un estatuto independiente en donde el más desfavorecido tuviera una protección especial;

¹²¹ SUESCÚN, Ob. Cit. Págs. 245 y 246.

que otro recorte al campo de acción de la autonomía privada, aunque de distinto origen y naturaleza, lo constituye el llamado *contrato de adhesión*.¹²²

Considerando la evolución contractual y en relación con el contrato de consumo y la masificación del consumo en sí, es necesario aludir a una síntesis sobre el origen del contrato por adhesión; se tiene que de la contratación paritaria se evolucionó a la contratación masiva, de los contratos por negociación al contrato por adhesión¹²³ y en éste el contrato predispuesto en el cual una de las partes establece las cláusulas y la otra parte las toma o las deja, sin posibilidad de negociar o modificar.¹²⁴

Por la evolución económica y jurídica surgieron los contratos por adhesión en el que el oferente establece de antemano las cláusulas, conocidas comúnmente como cláusulas predispuestas y el *adherente* no tiene posibilidad de modificar sus términos y por tanto, adhiere a sus cláusulas o desiste de contratar.

Afirma el tratadista Ghersi que el contrato puede construirse a partir de dos formulaciones, una en la cual las partes tienen igual poder de negociación y se da la discusión del objeto del contrato y demás condiciones bajo un *contrato individual o paritario* y otra cuando las partes son desiguales y una de ellas tiene el poder de negociación y por tanto no existe discusión del contrato esto es el *contrato de adhesión* que generalmente son los *contratos de consumo*.¹²⁵

El tratadista Vallespinos considera importante las dos etapas en la formación del contrato por adhesión, en la primera etapa, las condiciones generales de los contratos que no son una oferta como en los contratos paritarios, para la discusión; están dirigidas al público en general haciéndose conocer por medio de la publicidad; en la segunda etapa cuando entran en contacto el oferente y el adherente a través de la entrega del contrato, seguida de la manifestación de la adhesión. Estas dos etapas han producido una

¹²² SUESCÚN, Ob. Cit. págs. 248 y 249.

¹²³ Señala el tratadista Vallespinos que la evolución de la sociedad moderna, implica que existan tres ideas básicas para el surgimiento de estos contratos: (i) durante la segunda parte del siglo (XX), se acentuó aún más el desequilibrio de los individuos, (ii) se produjo un cambio radical en la producción y en el consumo de bienes y servicios y, (iii) la dinámica de la historia y la celeridad de las negociaciones acompañaron a estos rasgos económico-sociales.

¹²⁴ Afirma que cuando surgió este contrato fue utilizado con fines egoístas, abusivos, procurando en todo momento la sumisión del contratante a los contenidos leoninos de un contrato que se presentaba predispuesto, constituyéndose en la típica expresión jurídica del poder económico privado; esa expresión negativa fue superada por las transformaciones económicas que afectaron toda la civilización a partir de la segunda mitad del siglo XX, para convertirse en el instrumento más idóneo del tráfico de masa.

¹²⁵ GHERSI, Carlos Alberto, Cuantificación Económica – Contratos de Consumo, Ed. Astrea, Buenos Aires 2005, pág.24

modificación en uno de los elementos de su existencia, la declaración de voluntad común.
126

La modificación aludida por cuanto lo que queda faltando en ese acuerdo de voluntades es una absoluta libertad de contratación en cuanto a la ausencia de discusión o de elaboración conjunta del contenido contractual. La ausencia de libertad contractual podría afectar el negocio de distintas maneras, según los elementos sobre los que recaiga ese vicio de la voluntad. La expresión de voluntad se hace por el oferente a través de las condiciones generales predispuestas y en el otro extremo la otra voluntad manifestada mediante la adhesión a esas condiciones generales.

El autor en cita, señala la importancia de determinar la naturaleza jurídica de estos contratos pues de ello dependerá tener un ámbito distinto y plazos de prescripción, por ejemplo. Refiere tres grupos de posiciones doctrinarias: la clásica o contractualista, la normativa o extracontractualista y la ecléctica o intermedia.

Para la doctrina contractualista no existe distinciones de fondo sobre los contratos paritarios, discrecionales o de discusión y los contratos por adhesión, pues en estos está dado el acuerdo de voluntades y es acto bilateral pese a que el acuerdo de voluntades esté alterado.

A su turno la doctrina anticontractualista expone que lo que verdaderamente existe en estos contratos es una manifestación unilateral de voluntad, la del oferente como atribución reglamentaria otorgada por el derecho privado. El más ferviente partidario de esta tesis es el profesor León Duguit. Argumentan que la desigualdad vicia el acto o la ley presupone la igualdad de los contratantes. La desigualdad jurídica e incluso la económica no eran ajenas al contrato clásico. En pro de los contratos de adhesión, se ha sostenido el principio de la "utilidad social" sería el que permite su efecto bilateral.

La doctrina ecléctica o intermedia, afirma que el contrato por adhesión es un negocio de base contractual y de fondo reglamentario. Su principal inspirador fue Dereux quien realizó una separación de las disposiciones que conforman el contenido predispuesto; distinguió entre las cláusulas esenciales y accesorias; a las primeras les atribuyó pleno efecto jurídico y a las segundas le restó transcendencia jurídica contra el adherente si iban a producir una metamorfosis esencial al contrato.

¹²⁶ VALLESPINOS, Carlos Gustavo. ob. cit. págs. 240 a 244

A su turno, el tratadista Benítez, indica que en la relación de consumo hay ausencia de negociación entre el empresario y el consumidor que limita la libertad de codeterminación y que cuando el individuo accede al negocio jurídico ingresa en una realidad social que se desarrolla con prescindencia de él, circunstancia que hace infructuosa la búsqueda de la común intención de los contratantes. La modalidad en que el contrato se concreta entre el consumidor y el predisponente, se caracteriza por el *take it or leave* de los [norte]americanos, o el *pegar ou largar* de los brasileños, *prendere o lasciare* de los italianos.¹²⁷

Para el maestro Valencia Zea, el de adhesión es un contrato fruto de la época actual en el que se elimina toda discusión y señala que es verdad que se tiene libertad de celebrar el contrato o abstenerse de celebrarlo; pero no se pueden proponer cambios o condiciones, ya que se adhiere al contrato o éste no se celebra. Afirma que la poca libertad de adherirse o de abstenerse de celebrarlo resulta en la mayoría de los casos irrisoria; alude al caso del monopolio cuando los servicios de primera necesidad sólo tienen un prestador, no hay competencia y para vivir en sociedad no es posible el aislamiento y resulta forzoso celebrarlos y por lo tanto los particulares aun contra su querer, tienen fatalmente que adherirse al contrato que propone la empresa. Señala que allí no cabe hablar de vicios de la voluntad y nadie ha soñado en solicitar la anulación de un contrato de tal naturaleza y que tampoco puede hablarse de lesión.¹²⁸

El tratadista Stiglitz, expone la caracterización del contrato por adhesión, que es una categoría invasora con carácter expansivo, esto es, que existe disparidad del poder de negociación entre las partes y predominantemente ese poder de negociación habrá de coincidir con la disparidad de fuerzas económicas y de allí, generalmente, el predisponente es la parte fuerte del contrato y al adherente como la parte débil. De otra parte, el adherente se encuentra en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente y entonces al no tener la deliberación previa se torna rígidamente uniforme. El predominio del empresario podría favorecer su posición incorporando cláusulas a su favor y en detrimento del adherente, se transforman en abusivas y el contrato por adhesión está integrado por cláusulas que se denominan *condiciones generales*.¹²⁹

¹²⁷ BENITEZ, Caorci Juan J. La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002, pág. 13.

¹²⁸ VALENCIA, Zea Arturo. Derecho Civil – De las obligaciones. Tomo III. Editorial Temis, Bogotá, págs. 54 y 55.

¹²⁹ STIGLITZ, Rubén S. y Gabriel A., ob. Cit. págs. 50 y 51.

En relación con las condiciones generales o cláusulas predispuestas es el instrumento propio de la contratación en masa o por adhesión; al respecto expone el tratadista Rinessi aludiendo a Pagador López que sostiene que en el caso de los contratos concluidos mediante condiciones generales, una de las partes no llega a autodeterminarse libremente con toda la plenitud que el ordenamiento presupone, o sea, que se puede afirmar que desaparece típicamente la posibilidad de libre autodeterminación plena para la parte adherente y en su lugar se produce una heterodeterminación unilateral a cargo de la parte predisponente y el contenido práctico no queda cubierto por la legitimación derivada del principio de libertad contractual. Y no parece dudoso, afirma, que el acto de adhesión al clausulado de condiciones generales podrá ser voluntario, pero no libre. Y que, consecuencia de ello es la presencia en el mercado de situaciones de disparidad de poder. Se habla, con respecto a la parte adherente, de inferioridad, no sólo social o intelectual sino también económica.¹³⁰

En cuanto a las cláusulas generales el tratadista Alterini las define como “*las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato o en otro separado.*”¹³¹

Finalmente, el tratadista Silva-Ruiz afirma que el contenido del *contrato pr adhesión* al ser prerredactado por la parte predisponente, *usualmente económicamente más poderosa*, entonces, *en la interpretación de dicho contrato es indispensable proteger a la parte más débil, o parte adherente*, que puede ser el consumidor.¹³²

2.2.2 Contratos de adhesión y cláusulas abusivas

En los contratos de adhesión con condiciones generales o cláusulas predispuestas se da la posibilidad de incluir cláusulas abusivas; al respecto el tratadista Stiglitz afirma que

¹³⁰ RINESSI, Antonio Juan. Relación de consumo y derechos del consumidor. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Ciudad de Buenos Aires, 2006, pág. 110. (señala que no se consiente actualmente un dirigismo exagerado, tampoco una absoluta libertad del mercado, menos en temas de defensa del consumidor y se trata de la difícil tarea de conciliar liberalismo con solidarismo. Si bien las concepciones económicas vuelven a confiar en los mecanismos naturales del mercado, nadie piensa que el consumidor pueda quedar librado a su suerte dentro de esa compleja realidad que lo coloca en una situación de desequilibrio.

¹³¹ ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos Civiles-Comerciales-de consumo. Teoría General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 133.

¹³² SILVA-RUIZ, Pedro F. Contratos de Adhesión, condiciones contractuales generales. En: Contratación Contemporánea, - Contratación Electrónica y tutela del Consumidor. ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Palestra Editores Lima-Perú, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 2000. pág. 48.

la cláusula abusiva debe formar parte íntegra del contenido contractual y señala una práctica reiterada del predisponente que incluye una cláusula de reenvío a otra u otras reglas de autonomía incluidas en anexos que no forman parte del texto contractual y que pretende aplicar. Considera que pese a que la cláusula de reenvío disponga que se tiene por conocida la cláusula a la que se remite, queda afectada a la invalidez de la misma por falta de conocimiento, pues sólo es factible adherir o consentir sobre lo conocido y la falta de aceptación afecta la existencia mismo del vínculo.¹³³

En cuanto a los contratos de adhesión en Colombia y las cláusulas abusivas, la ley del consumidor –Ley 1480 de 2011–, establece el derecho del consumidor de ser protegido de tales cláusulas (art. 3 num. 1.6)¹³⁴ que regula (arts. 42 a 44),¹³⁵ tales como las que limiten la responsabilidad del oferente, o se la trasladen a un tercero que no sea parte del contrato, le concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo o que no reintegre lo pago sin no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado, y las que afecten al consumidor porque impliquen renuncia de sus derechos, le inviertan la carga de la prueba en su perjuicio, lo vinculen contractualmente aun cuando su contraparte no

¹³³ SITGLITZ, Rubén S. Contrato de Consumo y cláusulas abusivas. En Universitas. Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas N° 93 (Dic. 1997), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pág. 378.

¹³⁴ “Art. 3 (...) 1.6. Protección contractual: Ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley.”

¹³⁵ “**Artículo 42.** Concepto y prohibición. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

Artículo 43. Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;
12. Obligen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.
13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

Artículo 44. Efectos de la nulidad o de la ineficacia. La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.”

cumpla sus obligaciones, le impidan resolver el contrato *en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero* o en la terminación le impongan requisitos no pactados o cláusulas automáticas de renovación que impidan terminar el contrato *en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41* de la ley (cláusula de permanencia mínima). o *presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo*, entre otras. Es de señalar que dicha norma en el numeral 12¹³⁶, disponía como cláusula abusiva la que lo obligaba a acudir a la vía arbitral, que fue derogada expresamente en la nueva ley de arbitraje, sobre la que adelante se vuelve sobre ese asunto.

Como lo señala el tratadista Caycedo Espinel, con anterioridad a la Ley 1480 de 2011 no existía una regulación sobre cláusulas abusivas y el estatuto adopta una normativa específica en el título VII –artículos 34 a 55- de protección al consumidor así: (1) principio de *interpretación favorable al consumidor*, (2) *regulación de contratos de adhesión*, en cuanto a las formalidades –principalmente de información- requeridas para su validez –artículos 37 a 41 del estatuto-; (3) *tipificación y prohibición de cláusulas abusivas* en los contratos de consumo – artículos 42 a 44 del estatuto- y, (4) *regulaciones especiales*: (a) operaciones mediante sistemas de financiación, (b) ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, (c) comercio electrónico y (d) especulación, el acaparamiento y la usura.¹³⁷

En este punto y antes de continuar con el consecuente análisis sobre los efectos y fines de la declaratoria como abusiva de alguna cláusula de las que señala la ley, es preciso aludir al marco constitucional que establece la orientación para la debida interpretación; así es que el tratadista Arrubla, refiere que el artículo 58 de nuestra Constitución Política al disponer el principio fundamental de la propiedad como función social, impide asegurar un mayor aprovechamiento o enriquecimiento económico a costa de la inferioridad contractual, en que se ve la parte que adhiere, casi en posición de sumisión a las

¹³⁶ De los antecedentes de la formación de la ley 1480 de 2011, , no se establecen fundamentos particulares para el establecimiento como abusiva de la cláusula que obliga al consumidor a acudir a la vía arbitral.

¹³⁷ CAYCEDO, Espinel Carlos Germán. Principios e instituciones del Derecho de Protección del Consumidor en Colombia. En Perspectivas del Derecho de Consumo. Valderrama rojas Carmen Ligia, directora. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2013, pág. 220.

condiciones preestablecidas por la parte económicamente fuerte de la relación contractual.

138

Señala que conforme con la previsión del artículo 333 de nuestra constitución “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*” y es mandato constitucional para los jueces aplicar el correctivo en el ejercicio de la autonomía privada que se traduce en inferioridad para la parte débil de la relación contractual, la cual representa el bien común cobijado con la garantía constitucional.

Cita sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de diciembre de 2011, donde fue magistrado ponente, en la que dispone que existe posición dominante en los contratos cuando: (i) una de las partes mantiene el privilegio de disponer unilateralmente el contenido del contrato y, (ii) cuando esa misma parte administra la ejecución del contrato. Concluye que, la introducción de cláusulas abusivas está prohibido para el formulante y que desatender lo prohibido vicia por objeto ilícito la disposición que se acuña en el contrato. Y el objeto ilícito genera nulidad absoluta, la que puede declarar oficiosamente el juez con respecto a la cláusula cuando dicho abuso sea manifiesto.

Expuesto lo anterior es necesario considerar el marco normativo que nuestro ordenamiento jurídico contempla para la interpretación de los fines y efectos de la declaratoria de cláusula abusiva; una primera contención prevé la nulidad cuando la obligación depende de la mera voluntad de quien se obliga y es así que bajo la figura del *abuso del derecho* el Código Civil¹³⁹ regula en el artículo 1535 las obligaciones condicionales y modales, disponiendo que: *Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga*, una segunda opción –complementaria- prevé el cumplimiento de las obligaciones que se pacten, lícitamente, cuando incorpora el principio *pacta sunt servanda* señalado en el artículo 1603 Ib., el cual dispone que la ejecución contractual debe hacerse de buena fe, y

¹³⁸ ARRUBLA, Paucar Jaime Alberto. La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano. En *Perspectivas del Derecho de Consumo*. VALDERRAMA, Rojas Carmen Ligia et. Al, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 365 y 368.

¹³⁹ Sobre la interpretación de los contratos, dispone el artículo 1624 Ib., la interpretación a favor del deudor, luego de las interpretaciones que contempla el código, tales como la prevalencia de la intención, los términos generales, la interpretación lógica, la interpretación por la naturaleza del contrato, la interpretación sistemática y la interpretación extensiva, en los artículos 1618 a 1623 Ib., respectivamente, así: *No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.*

ordena: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.*”

En desarrollo de la figura del abuso del derecho, el tratadista Rodríguez Yong, expone que la doctrina de las cláusulas abusivas se encuentra íntimamente relacionada con los principios de la autonomía de la voluntad, y buena fe, así como con los conceptos de abuso del derecho, posición dominante y contratación adhesiva.¹⁴⁰

El abuso del derecho está reconocido en el artículo 95 de nuestra Constitución Política cuando al regular los deberes de los ciudadanos, establece el de “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*” y el artículo 830 del Código de Comercio señala la responsabilidad de quien abuse del derecho obligándose a indemnizar los perjuicios que cause. Alude a que la aplicación de la teoría del abuso del derecho al campo contractual, en contratación masiva, ha dado lugar a la elaboración de la doctrina de las cláusulas abusivas, y cita el laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá en diciembre de 2006 entre Concelular vs Comcel.

Ahora bien y en relación con los efectos de la declaratoria de cláusula abusiva los puede señalar el legislador y como lo expone el tratadista Rengifo,¹⁴¹ el primer efecto es a través de nulidad parcial de la cláusula respectiva cuando ella no constituye la esencia del contrato.¹⁴² Cuando el juez analiza la justicia del contrato su análisis, en principio, va dirigido a examinar si el contrato es equilibrado o proporcionado y en caso tal deberá restablecer el equilibrio, y cuando el análisis es sobre la validez del contrato revisa si se cumplieron los requisitos de validez. En tal evento la ley del consumidor lo contempla en el capítulo III. El control sobre el contenido del negocio es un control subjetivo mientras que el control sobre la validez es un control objetivo.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ, Yong Camilo Andrés. Una aproximación a las cláusulas abusivas. Legis – Universidad del Rosario, Colección Precedentes. Bogotá, 2013 págs. 28 y 33.

¹⁴¹ RENGIFO García Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2004, pág. 202.

¹⁴² ARRUBLA, Paucar afirma que, en relación con el fundamento de la obligatoriedad de las condiciones generales, señala que existen dos posiciones la tesis normativista y la tesis contractualista. En cuanto a si tiene valor normativo se indaga si el legislador ha dotado a los empresarios de un poder normativo (*lawmaking power*) con eficacia para obligar a sus clientes o adherentes; es claro, el legislador no ha dotado a los empresarios de tal potestad. Entonces el valor que tiene las condiciones generales surge no por un *potere normativo* sino en la medida en que ellas hacen parte del contenido del contrato, tesis contractualista. La tesis contractual plantea que las condiciones generales son el contenido de una oferta contractual y que una vez aceptada deviene *lex contractus*.

Siendo entonces que en el contrato por adhesión del derecho del consumidor es susceptible de contener tanto abusividad en sus cláusulas, como ser invocado el *pacto arbitral ficto o presunto* a continuación se analiza la aplicación e interpretación de las citadas cláusulas en dicha contratación.

Para el caso del pacto arbitral ficto o presunto y la aplicación de dicho régimen legal sobre cláusulas abusivas es viable y necesario, en garantía de los derechos del consumidor, habida consideración de la derogatoria expresa de la estipulación de tipificar como cláusula abusiva ineficaz de pleno derecho la que obligue al consumidor a acudir a la justicia arbitral que había dispuesto el numeral 12 del artículo 43 del estatuto del consumidor. En efecto, el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, derogó expresamente dicho numeral y en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, se alude a la justificación de tal derogatoria, expresando que: “(...) *el arbitraje puede constituir una importante herramienta para la solución de conflictos entre consumidores, vendedores y productores, más aún cuando se van a habilitar a nivel legal jornadas de arbitraje social o en la reforma a la justicia se pretende en la Constitución Política el arbitraje obligatorio.* (...)”¹⁴³

En relación con considerar abusiva la cláusula que obliga al consumidor someterse al arbitraje, el tratadista Arrubla Paucar expone que era un gran error considerar abusivas las cláusulas que someten al consumidor al arbitraje, que lo que debe establecerse es un arbitraje especial para el consumo e indicó: “*No debió proscribir el arbitraje, ya que es el instrumento alternativo para darles pronta solución a los problemas del consumo.*”. Afirma que afortunadamente valieron todos los reparos hechos desde la academia ya que fue derogada dicha prohibición.¹⁴⁴

Señala que luego de tal derogatoria se decía que en principio puede pactarse cláusula compromisoria en los contratos por adhesión y ello no obsta para que el juez pueda considerar o no abusiva la cláusula compromisoria. Dice: “*Piénsese, acudir a un arbitraje fuera de lugar de residencia del consumidor o bajo una estructura costosa que le impida el acceso al mismo.*”

¹⁴³ Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso, año XXI N°108 de 2012, pág.37, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

¹⁴⁴ ARRUBLA, Paucar Jaime Alberto. Ob. Cit. pág. 383.

Finalmente, y respecto de la previsión legal sobre la interpretación, no debe perderse de vista que nuestro ordenamiento jurídico en el Código Civil regula la *interpretación de los contratos*, -artículos 1618 a 1624- aplicable por remisión del artículo 822 del Código de Comercio que estipula:

“ARTÍCULO 822. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL. *Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.*

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.”

En la interpretación de los contratos, prima la *tesis subjetiva* sobre la *tesis objetiva*, puesto que establece la prevalencia de la intención de los contratantes por sobre la definición del contenido y alcance del mandato jurídico ínsito en el negocio jurídico; es así que el Código Civil en los artículos citados dispone: **(i)** la *prevalencia de la intención*, luego **(ii)** los *términos generales*, enseguida **(iii)** la *interpretación lógica*, sigue con **(iv)** la *naturaleza del contrato*, continúa con **(v)** la *interpretación sistemática*, después **(vi)** la *interpretación extensiva* y finaliza con **(vii)** la *interpretación a favor del deudor*.

En el orden señalado, **(i)** el art. 1618 dispone que conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a la literalidad de las palabras; **(ii)** el art. 1619 limita el contrato a la materia contratada por más que los contratos sean generales; **(iii)** el art. 1620 señala la prevalencia del principio de interpretación del efecto útil de las normas –acogido por la jurisprudencia constitucional¹⁴⁵–; **(iv)** el art. 1621 dispone que ha de estarse a la interpretación por la naturaleza del contrato y las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen; **(v)** el art. 1622 señala la interpretación de las cláusulas en el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad o entre contratos entre las mismas partes y sobre la misma materia; **(vi)** el art. 1623 alude a la interpretación casuística a otros casos y, **(vii)** el art. 1624 señala la interpretación a favor del deudor en caso de ambigüedad y en caso que las cláusulas ambiguas se interpretarán contra quien las haya proferido. Este último caso aplica, expresamente, para el caso de los contratos por adhesión.

¹⁴⁵ Colombia – Corte Constitucional, C-569 de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Uprimny

La interpretación legal tiene respaldo jurisprudencial; la Sala de Casación Civil¹⁴⁶ aludió a la regla de la *prevalencia*, a la *condición más compatible a la finalidad y la naturaleza del negocio y la condición más benéfica* - pro consumidor-, así sentenció:

“(…) La regla de “la prevalencia” confiere preponderancia a la condición particular o negociada cuando entra en contradicción con las de carácter general; desde luego que es lógico preferir el clausulado particular, por cuanto hace referencia al caso concreto, amén que, en principio, aclara o altera las estipulaciones generales. Conforme al principio de “la condición más compatible a la finalidad y naturaleza del negocio”, en caso de presentarse contradicción entre cláusulas integrantes de las condiciones generales, deberá atenderse aquella que ostente mayor especificidad en el tema. Por último, en virtud del criterio de “la condición más benéfica”, cualquier enfrentamiento entre estipulaciones que conforman las condiciones generales, y entre éstas y una condición particular, se resuelve aplicando aquella cláusula que resulte más provechosa para el consumidor. (…)”

La misma Corte¹⁴⁷ en un caso relativo a contrato de adhesión –contrato de seguros- expuso que de existir cláusulas ambiguas se interpretarán a favor de quien las aceptó y en contra de quien las redactó; así señaló:

“(…) Constituyendo un negocio jurídico por o de adhesión, donde de ordinario, el contenido está predispuesto por una de las partes, usualmente en su interés o tutela sin ningún o escaso margen relevante de negociación ni posibilidad de variación, modificación o discusión por la otra parte, aun cuando, susceptible de aceptación, no por ello, su contenido es ilícito, vejatorio o abusivo per se, ni el favor pro adherente e interpretatio contra stipulatorem, contra preferentem, actúa de suyo ante la presencia de cláusulas predispuestas, sino en presencia de textos ambiguos y oscuros, faltos de precisión y claridad, en cuyo caso, toda oscuridad, contradicción o ambivalencia se interpreta en contra de quien las redactó y a favor de quien las aceptó (…).”

Finalmente, en el sentido de medidas para restablecer el equilibrio, el tratadista Suescún sostiene que el derecho ha tratado de atenuar las situaciones de desequilibrio a los abusos del contrato de adhesión, tales como: **(i)** la solución legislativa, **(ii)** la acción administrativa y, **(iii)** la interpretación judicial.¹⁴⁸ En relación con la *solución legislativa* indica que a través de *los contratos imperativamente regulados* en los que se establece un mínimo de responsabilidad para la parte fuerte y sólo puede modificarse para mejorar la situación jurídica de la parte débil v.gr. la renuncia del fuerte de exoneraciones, o

¹⁴⁶ Colombia – Corte Suprema de Justicia, sentencia del 4 de noviembre de 2009, exp. 223424. Disponible en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

¹⁴⁷ Colombia – Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de junio de 2005, exp. 424661

¹⁴⁸ SUESCÚN, Melo Jorge. Ob. Cit. Págs. 252 a 267.

haciendo más estricto el grado de cuidado y diligencia que debe emplear o asumiendo más obligaciones de las legales.¹⁴⁹

Respecto de la interpretación judicial afirma que para morigerar los desequilibrios engendrados por el contrato de adhesión, los jueces tienen facultades especiales para la interpretación de los contratos en unos casos o para la modificación de cláusulas lesivas en otros. Señala que la jurisprudencia no ha sido uniforme y cita algunas sentencias de casación¹⁵⁰ en las que en desarrollo de tales jurisprudencias se ha decantado que en el régimen del derecho colombiano *un acuerdo particular es válido si no desconoce ninguna norma en que esté interesado el orden público* (artículo 16 del Código Civil) por lo que el juez debe respetar el acuerdo de las particulares válidamente celebrado y por ello *el principio pacta sunt servanda también obliga a los jueces*. Además, el juez en casos esporádicos en lugar de anular una estipulación, la restringe, como en el caso de los intereses pactados en exceso de los límites legales, ordena reducirlos al tope permitido en caso de los *intereses civiles* (artículos 1601 inc. 3 y 2231) y condenar al acreedor a reducir de los réditos exigidos, el duplo del exceso, en el caso de *intereses comerciales* (artículo 884 del Código de Comercio). De manera similar en el acuerdo sobre la *cláusula penal* y en caso de obligaciones de valor indeterminado el juez a su prudencia puede moderarla. Cuando en el caso de contratos mercantiles de tracto sucesivo se aplica la llamada *teoría de la imprevisión*, la ley dota al juez de ordenar los reajustes en las prestaciones que la equidad indique, una vez examinadas las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato (artículo 868 del Código de Comercio).¹⁵¹

Finalmente, el garantismo plantea la protección de los derechos de los individuos en procura de su garantía y en la protección del consumidor en el contrato de adhesión y en cumplimiento de la ley como lo señala la justicia distributiva se proteja al débil en la relación jurídica asimétrica; esta última teoría propugna por la materialización de los principios de justicia e igualdad a través de la protección legal frente a las cláusulas

¹⁴⁹ Es el caso, por ejemplo, de la regulación del contrato de transporte en Colombia, tanto del terrestre (artículo 992 del Código de Comercio), como del marítimo (artículos 1609 y 1612 lb. y del aéreo (artículos 1880, 1886 y 1887 lb.). La ley prohíbe en estos contratos, las cláusulas de exoneración de responsabilidad (artículos 992, 1003 y 1005, pero admite que la parte fuerte renuncie a todo o parte de sus derechos y exoneraciones y aumente sus responsabilidades y obligaciones (artículo 1612 lb.). Que el legislador limita la libertad de fijación del contrato **para tratar de hacer posible la igualdad de las partes**. En el contrato de seguros el artículo 1612 C.Cio enlista normas inmodificables y el art. 1047 lb. en el párrafo dispone que se tendrán como **condiciones generales del contrato** y formarán parte del mismo, **aunque no hayan sido consignadas por escrito**, las aprobadas por la Superintendencia Bancaria (hoy, Superintendencia Financiera). SUESCÚN, Melo Pág. 253.

¹⁵⁰ Colombia – Corte Suprema de Justicia. Casación Civil del 12 de diciembre de 1936, 12 de junio de 1973, 6 de marzo de 1972, 8 de mayo de 1974, 9 de septiembre de 1977 y 15 de diciembre de 1970.

¹⁵¹ SUESCÚN, Melo. Ob. Cit. págs. 256 a 259.

abusivas y en todo caso la interpretación a favor del consumidor como lo afirman los autores en cita, enmarcados dentro de los principios y garantías constitucionales.

Las garantías sustanciales han de prevalecer en los mecanismos procesales de protección al consumidor que se estudian enseguida.

2.3 Mecanismos procesales de protección al consumidor

Teniendo en cuenta lo expuesto sobre la forma de configurarse la autonomía de la voluntad en la relación contractual del derecho de consumo, en lo sustantivo, es preciso ahora analizar las implicaciones desde el punto de vista procesal.

Se considera relevante estudiar el debido proceso en lo relativo a la garantía procesal de la *doble instancia* como asunto central y accesoriamente asuntos sustanciales sobre el *consentimiento* por ser éste un aspecto medular en la declaración de la *autonomía de la voluntad* y respecto de dos asuntos procesales como la *gratuidad* y la *celeridad* como elementos comparativos del sistema de justicia estatal y el arbitral para evaluar el impacto de uno y otro en el derecho del consumidor.

2.3.1 El proceso como mecanismo de protección al sujeto débil de la relación jurídica asimétrica

El proceso como instrumento para declarar el derecho contiene en materia del consumidor, opciones legales para su protección y efectivizarla en los términos de la ley sustantiva. La ley 1480 de 2011 o estatuto del consumidor, lo ampara frente al riesgo contra su salud y seguridad, entre los más relevantes, así como la protección contractual contra cláusulas abusivas en los contratos de adhesión conforme la ley (arts. 1 y 3).¹⁵²

¹⁵² Contra los riesgos a la salud y seguridad, se contempla la protección por daños por producto defectuoso (Título IV, arts. 21 y ss); concomitantemente, normas de protección sobre la información y la publicidad (arts. 29 y ss). Respecto de la protección contractual (Título VII), establece normas de protección especial (Cap. I), relacionadas con la *interpretación favorable, productos no requeridos y la prohibición de ventas atadas, las condiciones negociales generales y contratos de adhesión* (Cap. II), y *cláusulas abusivas* (Cap. III), entre otras.

El derecho adjetivo, contempla acciones para la protección procesal a través de las de responsabilidad para que se decrete la *responsabilidad por incumplimiento* de las obligaciones del vendedor, de manera más amplia que *las acciones redhibitoria o de rebaja de precio, sometidas normalmente a plazos cortos de caducidad o de prescripción*,¹⁵³ como lo señala el tratadista Oviedo Albán, junto con las reglas de saneamiento por vicios ocultos en la Compraventa regulados en el Código Civil.¹⁵⁴ Es de señalar que existe divergencia sobre si las acciones son excluyentes o complementarias, asunto que escapa al objeto del presente estudio. La Corte Suprema de Justicia consideró que los vicios ocultos pueden generar en unos casos la acción redhibitoria y en otros casos la acción resolutoria por incumplimiento.^{155 156}

El Estatuto del Consumidor establece las acciones jurisdiccionales (Título VIII, Cap. I), como **(i)** acciones de grupo, las populares y de grupo reguladas en la Ley 472 de 1998, **(ii)** las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, reguladas en dicho estatuto; conforme el Código General del Proceso para las dos anteriores y, **(iii)** las de protección al consumidor, reguladas también en dicho estatuto; la ley atribuye facultades jurisdiccionales a entes administrativos, como las Superintendencia Financiera (art. 57 Ley 1480 de 2011) y a la Superintendencia de Industria y Comercio (art. 58 Ib.), así como otras actuaciones administrativas (art. 59 a 61, Ib.).

2.3.2 Algunos procesos de protección al consumidor

De manera especial la protección al consumidor radica en las ligas y asociaciones de consumidores y en el ente administrativo a prevención con funciones jurisdiccionales como se pasa a explicar.

¹⁵³ Comercialmente 6 meses para ambas, art. 929 Código de Comercio y Civilmente 6 meses para la redhibitoria o 1 año si se trata de bienes muebles e inmuebles, respectivamente, y de un año o año y medio para la rebaja de precio, según si son muebles o inmuebles, conforme los arts. 1923 y 1926 del Código Civil.

¹⁵⁴ OVIEDO, Albán Jorge. La protección del comprador por vicios redhibitorios en el Código de Comercio colombiano, en: Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea, BONIVENTO Fernández José Alejandro y LAFONT Pianetta Pedro R., directores editores, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014, Tomo I, pág. 518.

¹⁵⁵ Colombia - Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de enero de 2005, exp. 7524.

¹⁵⁶ El tratadista Oviedo, señala que contemporáneamente la tendencia contractual es asumir que los defectos de la cosa en el contrato de compra venta constituyen incumplimiento contractual. OVIEDO, Ob. Cit. pág. 536

Las Ligas y las Asociaciones de Consumidores tienen funciones de Policía Cívica, es decir de colaboración con las autoridades estatales en el cumplimiento de las normas de protección al consumidor y en tal virtud podrán vigilar el funcionamiento de los sistemas de pesas y medidas, lo atinente a los precios y a la calidad de los bienes y servicios y representar administrativa o judicialmente a los consumidores para hacer valer sus derechos y solicitar la intervención de las autoridades para la aplicación de sanciones a los proveedores o productores, tal como lo establece el artículo 17 del Decreto 1441 de 1982, en cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 10 Ib..

El citado decreto reglamentario de la Ley 73 de 1981, anterior Ley General de Consumo, contempla la facultad de la representación de los consumidores ante las autoridades competentes, (art. 12 Ib.).¹⁵⁷

En tal sentido, las ligas o asociaciones de consumidores podrán ejercer la representación de los consumidores para la defensa de sus derechos, todo de conformidad con las normas legales pertinentes, que en gran parte han sido expuestas.

La Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de las funciones jurisdiccionales de protección al consumidor¹⁵⁸ en primera o única instancia podrá (i) ordenar el cumplimiento de las garantías de los bienes y servicios, establecidas en el estatuto del consumidor o las contractuales si resultan más amplias o, (ii) imponer multas ante el incumplimiento de garantías; además, en cuanto a la publicidad engañosa o que ésta no se adecúe a la protección del consumidor, podrá investigar a los proveedores o

¹⁵⁷ El artículo 1 de dicha ley, dispuso que de conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, [Constitución Política de 1886], revístese al Presidente de la República de precisar facultades extraordinarias por el término de 12 meses a partir de la vigencia de la presente ley para dictar normas enderezadas al control de la distribución o venta de bienes y servicios y al establecimiento de las sanciones y procedimientos. Se especificaron los aspectos sobre los cuales se debía ejercer las facultades concedidas.

¹⁵⁸ Artículo 145 de la Ley 446 de 1998 que estipula: "**Artículo 145.** Atribuciones en materia de protección al consumidor. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá, a prevención, las siguientes atribuciones en materia de protección del consumidor, sin perjuicio de otras facultades que por disposición legal le correspondan:

a) Ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciante, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se adecue a las exigencias previstas en las normas de protección del consumidor;

b) Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales si ellas resultan más amplias;

c) Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, la comercialización de bienes y/o el servicio por un término de treinta (30) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto y/o servicio atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores;

d) Asumir, cuando las necesidades públicas así lo aconsejen, las investigaciones a los proveedores u organizaciones de consumidores por violación de cualquiera de las disposiciones legales sobre protección del consumidor e imponer las sanciones que corresponda."

asociaciones de consumidores por el incumplimiento de la ley a través de las acciones.¹⁵⁹
160 161 162 163 164 165 166

En general, las acciones de protección al consumidor fueron agrupadas por el artículo 56 del estatuto del consumidor, ya referido, tanto las del Decreto 3466 de 1982¹⁶⁷, ley 446 de 1998¹⁶⁸ y la Ley 472 de 1998;¹⁶⁹ ésta última contempla dicha protección por medio de las acciones populares y de grupo.

¹⁵⁹ El artículo 148 de la Ley 446 de 1998 señaló que el procedimiento que aplicarán las Superintendencias es el señalado en la Parte I, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que reciban la solicitud. Los actos que dicten las Superintendencias en uso de estas facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales.

¹⁶⁰ El artículo 52 de la Ley 510 de 1999 reitera que el procedimiento aplicable es el del Código Contencioso Administrativo y residualmente el proceso verbal sumario conforme el C.P.C. No tenían acción o recurso alguno ante las autoridades jurisdiccionales, sólo procedía apelación contra fallos donde se declarase sin competencia y la del fallo definitivo.

¹⁶¹ Art. 4 de la ley 1480 de 2011 dispuso que el proceso a aplicar por la Superintendencia de Industria y Comercio en Acciones de Protección al Consumidor es el verbal sumario en asuntos sustanciales y procesales. De esta manera se desarrolla el objetivo propuesto en el art. 78 de nuestra Constitución Política.

¹⁶² Artículo 56 num. 3 de la Ley 1480 de 2011, que dispuso: "**Artículo 56. Acciones jurisdiccionales.** Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son:

1. Las populares y de grupo reguladas en la Ley 472 de 1998 y las que la modifiquen sustituyan o aclaren.

2. Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria.

3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

Parágrafo. La competencia, el procedimiento y demás aspectos procesales para conocer de las acciones de que trata la Ley 472 de 1998 serán las previstas en dicha ley, y para las de responsabilidad por daños por producto defectuoso que se establece en esta ley serán las previstas en el Código de Procedimiento Civil.

En las acciones a las que se refiere este artículo se deberán aplicar las reglas de responsabilidad establecidas en la presente ley."

¹⁶³ El artículo 24 del Código General del Proceso reiteró el ejercicio de funciones jurisdiccionales que le corresponden a prevención a la Superintendencia de Industria y Comercio o a los Jueces de la República y dispuso la identidad de vías procesales, es decir, las autoridades administrativas deben aplicar los mismos procedimientos que los jueces; igualmente la identidad en el ejercicio de postulación, esto es, la representación directa o por intermedio de abogado en los casos que señala la ley.

¹⁶⁴ Colombia – Corte Constitucional en sentencia C-1641/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero señaló que las autoridades deben ejercer sus funciones jurisdiccionales, actuando con imparcialidad e independencia.

¹⁶⁵ Colombia – Corte Constitucional en la sentencia C-649/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet dispuso que en las actuaciones administrativas ha de imperar el *principio de igualdad* y aplicar las mismas reglas utilizadas por los jueces.

¹⁶⁶ Colombia – Corte Constitucional en la sentencia C-415/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet sentenció que en materia de apelación en virtud del principio de unidad jurisdiccional, si la Superintendencia de Industria y Comercio cumple funciones jurisdiccionales, la apelación la conoce el superior del juez que desplazó dicha Superintendencia.

¹⁶⁷ Indemnización de perjuicios por incumplimiento de garantías, arts. 11, 13 y 29. Indemnizaciones colectivas y las de perjuicios en prestación de servicios que incluyen la entrega de un bien.

¹⁶⁸ Art. 145. Acciones para obtener efectividad de las garantías, cesación de publicidad engañosa y la suspensión de productos que afecten la seguridad y salubridad del consumidor.

¹⁶⁹ Regula las acciones populares y de grupo para la protección de derechos colectivos.

El Estatuto del Consumidor –art. 56 ya citado–, contempla las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor, así: (i) las populares y de grupo, (ii) las de responsabilidad por daños por producto defectuoso y, (iii) la acción de protección; ésta se resuelven en la jurisdicción administrativa con funciones jurisdiccionales a prevención de la Superintendencia de Industria y Comercio para decidir los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección al consumidor.¹⁷⁰

Las acciones populares y de grupo.^{171 172 173 174 175 176 177} han sido estatuidas para obtener la reparación del daño causado a un número plural de personas (CP art. 88), que

¹⁷⁰ La regla genérica y de competencia residual sobre potenciales conflictos. GUAYACÁN, Juan C. Acciones jurisdiccionales sobre protección al consumidor. XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, U. Libre 2012 pág. 414.

¹⁷¹ La acción de grupo es eminentemente indemnizatoria pues con ella lo que se busca es que se repare un daño causado a un conjunto de personas, mientras que la acción popular es preventiva su finalidad es evitar que se cause un daño cuando se está vulnerando o violando derechos o intereses colectivos.

¹⁷² Colombia – Corte Constitucional en la sentencia SU-067/93 Ms.Ps. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón. Las acciones populares no pueden erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiera reparar, ni están condicionadas por ningún requisito sustancial de legitimación del actor distinto de su condición de parte del pueblo.

¹⁷³ Colombia – Corte Constitucional en la sentencia T-244/98 M.P. Fabio Morón Díaz. Refiere la protección de sus derechos constitucionales a la vida, la salud, la integridad física y la seguridad social de cuya vulneración culpa a la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá por el basurero doña Juana.

¹⁷⁴ Colombia – Corte Constitucional en la sentencia T-046/99 M.P. Hernando Herrera Vergara. Partículas de carbón en el aire que afectan la salud y vida de moradores de sociedad portuaria

¹⁷⁵ Colombia – Corte Constitucional en la sentencia C-215/99 M.P. Martha Victoria Sánchez de Moncaleano. “La pérdida del derecho a reclamar la indemnización reconocida en una sentencia como consecuencia de la violación de derechos e intereses colectivos, por el hecho de no haberla reclamado el beneficiario dentro del plazo de un (1) año posterior al fallo, configura a juicio de la Corte, una manifiesta violación de la protección constitucional de la propiedad y de los derechos adquiridos. En este caso, en virtud del fallo, el afectado se ha convertido en titular de un derecho de dominio sobre una indemnización que ingresa a su patrimonio, como una justa compensación y reparación del daño derivado de la vulneración de un derecho colectivo. Por lo tanto, el hecho de que transcurra un año sin reclamar su pago, no legitima desde el punto de vista constitucional, la pérdida de ese derecho.”

¹⁷⁶ Colombia – Corte Constitucional en la sentencia C-1062/00 M.P. Alvaro Tafúr Galvis. El Constituyente se detuvo para categorizar como derechos colectivos al patrimonio público, al espacio público, a la seguridad y salubridad públicas, a la moral administrativa, al ambiente y a la libre competencia económica; sin embargo, como se ha dicho en varias oportunidades por esta Corte, tal definición no es taxativa, pues a la vez se le definió al legislador la posibilidad de señalar otros derechos e intereses colectivos cuya protección sea materia de las acciones populares, en el evento de que participen de similar naturaleza y siempre que no contraríen la finalidad pública o colectiva para la cual fueron concebidos.

¹⁷⁷ Colombia – Corte Constitucional en la sentencia C-304/10 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Tanto la acción de grupo como la acción popular han sido estatuidas para obtener la reparación del daño causado a un número plural de personas (CP art. 88), que superan las limitaciones de los esquemas procesales puramente individualistas para la protección de los derechos, sin embargo se distinguen en algunos aspectos: (i) En su finalidad: La acción popular tiene un propósito esencialmente preventivo, mientras que la acción de grupo cumple una función reparadora o indemnizatoria, por lo que la primera no requiere que exista un daño sobre el interés protegido, mientras que la segunda opera una vez ocurrido el daño, ya que precisamente pretende reparar dicho perjuicio. (ii) En los derechos o intereses protegidos. Al tiempo que la acción popular ampara esencialmente derechos e intereses colectivos, la acción de grupo

superan las limitaciones de los esquemas procesales puramente individualistas para la protección de los derechos.

Las acciones de responsabilidad por producto defectuoso en función del artículo 78 de nuestra Constitución Política¹⁷⁸ contempla la protección más allá de la garantía de productos y servicios con base en el uso específico y normal al que se destinen pues incluye los efectos en la vida, la integridad física y la salud;¹⁷⁹ al respecto la Corte Constitucional señaló que *el derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter polidrico* y que su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información) exigibles en materia procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).^{180 181} Esta acción está reservada exclusivamente para la jurisdicción ordinaria.¹⁸²

recae sobre la afectación de todo tipo de derechos e intereses, sean éstos colectivos o individuales, ya que ella es un instrumento procesal colectivo, que busca reparar los daños producidos a individuos específicos. Precisamente por ello la sentencia C-1062 de 2000 condicionó la constitucionalidad del artículo 55 de la Ley 472 de 1998, en la medida en que dicha disposición restringía el objeto de protección de las acciones de grupo, a que los daños por indemnizar derivaran “de la vulneración de derechos e intereses colectivos”. La Corte declaró exequible esa disposición, pero en el entendido “de que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo”.

¹⁷⁸ Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

¹⁷⁹ Colombia - Corte Suprema de Justicia en vigencia del Decreto 3466 de 1982, señaló los elementos estructurales de ese tipo de responsabilidad no solo del proveedor sino también del productor quien lo ha puesto en circulación.

¹⁸⁰ Colombia – Corte Constitucional en sentencia C-1141/00 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló: “Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter polidrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).”

¹⁸¹ “Artículo 20. Responsabilidad por daño por producto defectuoso. El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar. Para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto. Como daño, se entienden los siguientes:

1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso;
 2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.
- Lo anterior, sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley.

Artículo 21. Determinación de la responsabilidad por daños por producto defectuoso. Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexocausal entre este y aquel.

Las acciones de protección al consumidor se estatuyeron para decidir asuntos contenciosos por la violación directa de las normas que protegen al consumidor, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual, para hacer efectiva una garantía, los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios (art. 19 del estatuto del consumidor)¹⁸³ o por información o publicidad engañosa.

En virtud de las acciones de protección al consumidor, la correspondiente a la protección contractual contempla las condiciones negociales generales y los contratos de adhesión, cláusulas de permanencia mínima,¹⁸⁴ cláusulas abusivas,¹⁸⁵ ¹⁸⁶ operaciones por

Parágrafo. Cuando se viole una medida sanitaria o fitosanitaria, o un reglamento técnico, se presumirá el defecto del bien.”

¹⁸² Art. 56 Ley 1480 de 2011: “*Acciones jurisdiccionales.* Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son:

1. Las populares y de grupo reguladas en la Ley 472 de 1998 y las que la modifiquen sustituyan o aclaren.
2. Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria.
3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

Parágrafo. La competencia, el procedimiento y demás aspectos procesales para conocer de las acciones de que trata la Ley 472 de 1998 serán las previstas en dicha ley, y para las de responsabilidad por daños por producto defectuoso que se establece en esta ley serán las previstas en el Código de Procedimiento Civil.

En las acciones a las que se refiere este artículo se deberán aplicar las reglas de responsabilidad establecidas en la presente ley.

¹⁸³ “**Artículo 19. Deber de información.** Cuando un miembro de la cadena de producción, distribución y comercialización, tenga conocimiento de que al menos un producto fabricado, importado o comercializado por él, tiene un defecto que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, deberá tomar las medidas correctivas frente a los productos no despachados y los puestos en circulación, y deberá informar el hecho dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la autoridad que determine el Gobierno Nacional.

Parágrafo. Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas individuales que se establezcan sobre el particular, en caso que el obligado no cumpla con lo previsto en este artículo, será responsable solidariamente con el productor por los daños que se deriven del incumplimiento de esa obligación.”

¹⁸⁴ Art. 41 ley 1480 de 2011: “**Cláusula de permanencia mínima.** La cláusula de permanencia mínima en los contratos de tracto sucesivo solo podrá ser pactada de forma expresa cuando el consumidor obtenga una ventaja sustancial frente a las condiciones ordinarias del contrato, tales como cuando se ofrezcan planes que subsidien algún costo o gasto que deba ser asumido por el consumidor, dividan el pago de bienes en cuotas o cuando se incluyan tarifas especiales que impliquen un descuento sustancial, y se pactarán por una sola vez, al inicio del contrato. El período de permanencia mínima no podrá ser superior a un año, a excepción de lo previsto en los parágrafos 1° y 2°.

El proveedor que ofrezca a los potenciales consumidores una modalidad de contrato con cláusula de permanencia mínima, debe también ofrecer una alternativa sin condiciones de permanencia mínima, para que el consumidor pueda comparar las condiciones y tarifas de cada una de ellas y decidir libremente.

En caso de que el consumidor dé por terminado el contrato estando dentro del término de Vigencia de la cláusula de permanencia mínima solo está obligado a pagar el valor proporcional del subsidio otorgado por los períodos de facturación que le hagan falta para su vencimiento.

En caso de prorrogarse automáticamente el contrato una vez vencido el término de la cláusula mínima de permanencia, el consumidor tendrá derecho a terminar el contrato en cualquier momento durante la vigencia de la prórroga sin que haya lugar al pago de sumas relacionadas con la terminación anticipada del contrato, salvo que durante dicho período se haya pactado una nueva cláusula de permanencia mínima en aplicación de lo previsto en el parágrafo 1° del presente artículo.

Parágrafo 1°. Solo podrá pactarse una nueva cláusula de permanencia mínima, cuando el proveedor ofrezca al consumidor unas nuevas condiciones que representen una ventaja sustancial a las condiciones ordinarias del contrato.

Parágrafo 2°. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá instruir la forma en que se deberá presentar a los consumidores la información sobre las cláusulas mínimas de permanencia y las cláusulas de prórroga automática. También podrá fijar períodos de permanencia mínima diferentes a un año, cuando las condiciones del mercado así lo requieran.

¹⁸⁵ Art. 43 de la Ley 1480 de 2011: “**Concepto y prohibición.** Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

medio de sistemas de financiación, venas por métodos no tradicionales o a distancia, operaciones de comercio electrónico, entre otros como o prevé el estatuto del consumidor.¹⁸⁷

La acción para la efectividad de la garantía¹⁸⁸ procede para lograr la reparación, cambio o devolución del dinero de la prestación del servicio por incumplimiento de los deberes sobre la calidad, idoneidad o seguridad del bien o servicio; establece el plazo,¹⁸⁹ la suspensión y ampliación del mismo,¹⁹⁰ la responsabilidad solidaria entre el proveedor y el productor,¹⁹¹ los aspectos que incluye la garantía,¹⁹² la garantía suplementaria¹⁹³ sus

Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho."

Artículo 44. *Efectos de la nulidad o de la ineficacia.* La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.

Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.

¹⁸⁶ **Artículo 43.** *Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho.* Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: (...)."

¹⁸⁷ Título VII Ley 1480 de 2011

¹⁸⁸ El artículo 29 del Decreto 3466 de 1982 y art. 145 lit. b) Ley 446 de 1998 regularon la garantía mínima presunta. La ley 1480 de 2011 establece la garantía legal.

¹⁸⁹ **Artículo 8°.** *Término de la garantía legal.* El término de la garantía legal será el dispuesto por la ley o por la autoridad competente. A falta de disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor y/o proveedor. El término de la garantía legal empezará a correr a partir de la entrega del producto al consumidor.

De no indicarse el término de garantía, el término será de un año para productos nuevos. Tratándose de productos perecederos, el término de la garantía legal será el de la fecha de vencimiento o expiración.

Los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía legal podrán ser vendidos sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el producto tiene garantía de tres (3) meses.

La prestación de servicios que suponen la entrega del bien para la reparación del mismo podrá ser prestada sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el servicio tiene garantía de tres (3) meses, contados a partir de la entrega del bien a quien solicitó el servicio.

Para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año.

¹⁹⁰ **Artículo 9°.** *Suspensión y ampliación del plazo de la garantía.* El término de la garantía se suspenderá mientras el consumidor esté privado del uso del producto con ocasión de la efectividad de la garantía.

Si se produce el cambio total del producto por otro, el término de garantía empezará a correr nuevamente en su totalidad desde el momento de reposición. Si se cambia una o varias piezas o partes del bien, estas tendrán garantía propia."

¹⁹¹ **Artículo 10.** *Responsables de la garantía legal.* Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recae solidariamente en los productores y proveedores respectivos.

Para establecer la responsabilidad por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará con demostrar el defecto del producto, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad establecidas en el artículo 16 de la presente ley."

¹⁹² Artículo 11 estatuto del consumidor.

¹⁹³ **Artículo 13.** *Garantías suplementarias.* Los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa. En este último caso se deberá obtener la aceptación expresa por parte del consumidor, la cual deberá constar en el escrito que le dé soporte. También podrán otorgar este tipo de garantías terceros especializados que cuenten con la infraestructura y recursos adecuados para cumplir con la garantía.

Parágrafo 1°. A este tipo de garantías le es aplicable la regla de responsabilidad solidaria, respecto de quienes hayan participado en la cadena de distribución con posterioridad a quien emitió la garantía suplementaria.

Parágrafo 2°. Cuando el bien se adquiera en el exterior con garantía global o válida en Colombia, el consumidor podrá exigirla al representante de marca en Colombia y solicitar su efectividad ante las autoridades colombianas. Para hacer efectiva este tipo de garantía, se deberá demostrar que se adquirió en el exterior."

requisitos¹⁹⁴ y lo relativo a las condiciones de productos de segunda o remanufacturados.¹⁹⁵

La acción indemnizatoria en la prestación de servicios sobre bienes y servicios como la reparación de bienes o el servicio de lavandería;¹⁹⁶ y sobre la publicidad engañosa cuya acción protege el derecho de información como elemento esencial para celebrar negocios jurídicos voluntarios.¹⁹⁷

Finalmente, es de señalar lo atinente a la competencia tanto en razón de la cuantía como por el factor territorial conforme el Código General del Proceso que señala a los Jueces Civiles Municipales en única para los de mínima cuantía,¹⁹⁸ y en primera instancia para los de menor cuantía¹⁹⁹ y a los Jueces Civiles del Circuito para la primera instancia de los de mayor cuantía.^{200 201}

En cuanto a la competencia territorial se establece que es la del domicilio del demandado;²⁰² en el derecho del consumidor tal fuero general es concurrente con el juez del lugar de adquisición del producto donde se ha realizado la *relación de consumo*,²⁰³ en tal sentido lo decidió la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil sobre competencia territorial en el caso de acción popular de persona en condición de discapacidad.²⁰⁴

¹⁹⁴ “**Artículo 14.** Requisitos de la garantía suplementaria. Las garantías suplementarias deberán constar por escrito, ser de fácil comprensión y con caracteres legibles a simple vista.”

¹⁹⁵ “**Artículo 15.** Productos imperfectos, usados, reparados, remanufacturados repotencializados o descontinuados. Cuando se ofrezcan en forma pública productos imperfectos, usados, reparados, remanufacturados, repotencializados o descontinuados, se debe indicar dicha circunstancia en forma precisa y notoria, de acuerdo con las instrucciones que señale la Superintendencia de Industria y Comercio.

Parágrafo. Cuando en la factura de venta se haya informado al consumidor el o los imperfectos y/o deterioros, la garantía legal no será exigible con relación al imperfecto o deterioro aceptado por el consumidor.”

¹⁹⁶ Art. 11 num9. del Estatuto del consumidor.

¹⁹⁷ SHINA, Fernando. Daños al consumidor. Editorial Lastrea 2014, pág.12.

¹⁹⁸ Art. 17. El parágrafo dispone que cuando en el lugar exista juez municipal de pequeñas causas y competencia múltiple, corresponderán a éste los asuntos consagrados en los numerales 1, 2 y 3 (contenciosos de mínima cuantía, de sucesión de mínima cuantía y celebración del matrimonio civil, respectivamente).

¹⁹⁹ Art. 18

²⁰⁰ Art. 20 num. 9, de los procesos de mayor cuantía relacionados con el ejercicio de los derechos de los consumidores.

²⁰¹ Art. 20 C.G.P. num. 1 y 9 corregidos por el Decreto 1736 de 2012, arts. 2 y 3.

²⁰² Art. 28 num 1.

²⁰³ Art. 58 num.2 del estatuto del consumidor.

²⁰⁴ Colombia – Corte Suprema de Justicia. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona AC 1991 2016 exp. 11001 02 03 000 2016 00819 00

El tipo de proceso para la mínima cuantía es el *verbal sumario* y para la menor y la mayor cuantía es el *proceso verbal* conforme el Código General del Proceso;^{205 206} es de señalar que el término de prescripción es de un año contado a partir de la expiración de la garantía si se trata de reclamar su efectividad y las controversias netamente contractuales a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato y en los demás casos dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación;²⁰⁷ establece como *requisito de procedibilidad* la reclamación al proveedor -escrita, verbal o telefónica-; ²⁰⁸ se entiende cumplido el requisito si presenta el acta de conciliación en los términos de la Ley 640 de 2001.²⁰⁹

El tratadista Suescún Melo indica que la jurisprudencia trata de innovar dentro del estrecho campo de acción, proponiendo la nulidad de las cláusulas que vulneren las normas en que esté interesado el orden público o que contengan disposiciones imperativas, y dentro de tal propósito se enmarca la *nulidad por indeterminación del objeto*, que se da cuando una de las partes tiene la facultad contractual de establecer discrecionalmente los precios y remuneraciones que pagará o exigirá a la otra parte, la cual está obligada a aceptar, *con lo cual se introduce en el vínculo obligatorio un elemento de indeterminación que en buena parte priva de contenido el objeto de la prestación, que es un elemento esencial para la existencia de la misma, pues dejaría en poder del obligado la determinación de lo debido*. Afirma que en tal caso se estaría en una situación muy similar a la que producen las *condiciones meramente o puramente potestativas*, aquella que consisten exclusivamente en una manifestación de voluntad del deudor, *por lo que destruyen el carácter obligatorio que es esencial en todo vínculo jurídico*. Concluye que, en consecuencia, la nulidad por indeterminación del precio puede, en razón de su finalidad,

²⁰⁵ Art. 390 (modificado por el art. 7 del Decreto 1736 de 2012) Pár.3. Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, con excepción de las acciones populares y de grupo, se tramitarán por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellas. En los procesos verbales el juez podrá dictar sentencia vencido el término de traslado de la demanda sin convocar a audiencia de que trata el artículo 392 Ib.

²⁰⁶ Art. 392 Ib. dispone que en una sola audiencia el juez practicará las actividades previstas en los artículos 372 y 373 Ib.; estos aluden a la audiencia inicial y a la audiencia de instrucción y juzgamiento.

²⁰⁷ Art. 58 num 3. del estatuto del consumidor.

²⁰⁸ Art. 58 num. 5. del estatuto del consumidor.

²⁰⁹ Art. 2. *Constancias*. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.
2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere.
3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud. En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.

asimilarse a la *rescisión por lesión* o por *orden público de protección*, para restablecer el equilibrio contractual en cuanto al precio que es el valor del objeto. Que ha sido aplicado en los casos en que una de las partes está en condición de inferioridad como las diferencias surgidas entre propietarios de estaciones de gasolina y compañías petroleras.²¹⁰

Expuesto el marco procesal en el que se resuelven los litigios del consumidor es necesario para los fines del presente escrito, abordar la efectividad del proceso en la justicia estatal y la arbitral y la manera como se concreta a través de principio de la doble instancia, la gratuidad y la celeridad, sobre la base que estos son los de mayor relevancia dentro de las diferencias entre los dos diversos mecanismos de solución de conflictos.

2.3.3 El principio de la doble instancia como instrumento de protección de derechos – Gratuidad y celeridad para el acceso a la justicia y pronta resolución del litigio

La justicia estatal y la arbitral tienen naturales diferencias tales como la representación en el proceso,²¹¹ instituciones relacionadas con el ataque a la *acción* a través de la *contradicción*,²¹² ²¹³ ²¹⁴ ²¹⁵ la *integración del contradictorio*,²¹⁶ ²¹⁷ ²¹⁸ ²¹⁹ y otros asuntos de menor entidad.²²⁰ ²²¹ ²²²

²¹⁰ SUESCÚN, Melo Jorge. Ob. Cit. págs. 107 a 111.

²¹¹ La justicia ordinaria contempla las instituciones del *curador ad litem* (art. 55 C.G.P.) y la *agencia oficiosa* (Art. 57 lb.).

²¹² La justicia estatal regula las instituciones de las *excepciones* (art 100 C.G.P.) y los *incidentes* (art. 127 y 128 C.G.P.); en aplicación de la *preclusividad* de las etapas procesales, establece la *inoponibilidad posterior de los mismos hechos*, así que las excepciones previas no podrán ser alegadas como causal de nulidad por el demandante ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones.

²¹³ El art. 21 de la Ley 1563 de 2012 señala que no son procedentes las *excepciones* y los *incidentes*.

²¹⁴ El proceso judicial contempla todo un capítulo para regular disposiciones, básicamente los incidentes (arts. 127 a 131).

²¹⁵ El C.G.P. en otro capítulo regula las nulidades procesales (arts. 132 a 138 lb.).

²¹⁶ El artículo 36 lb., regula la integración del arbitraje a aquel que no hubiera suscrito el pacto arbitral, para lo cual deberá notificarse a quien se pretenda vincular, dentro de los diez (10) días siguientes a decretarse y el convocado deberá responder dentro de los cinco (5) días posteriores.

²¹⁷ También el citado art. 36 regula la intervención de otras partes y terceros: tales como la intervención del: (i) llamado en garantía, (ii) del denunciado en el pleito, (iii) del interviniente excluyente y, (iv) demás partes, que se registrará según el C.P.C. (hoy C.G.P.).

Tratándose de interviniente excluyente su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. Estos terceros que hayan suscrito el pacto o adherido a el, deberán consignar so pena de decidir sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada y se aplicará en art. 27 lb..

En el caso de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme el párrafo del artículo 3 lb.

En consecuencia, se considera de la mayor entidad jurídica evaluar la forma como se concretan en uno y otro proceso, el principio de la doble instancia y la *gratuidad* y la *celeridad*; aquel en las instituciones jurídicas de los *recursos jurídicos* y estas en las garantías procesales constitucionales del *acceso a la justicia* y de la *pronta y debida justicia*. A continuación el desarrollo de cada uno de estos.

El principio de la doble instancia implica la garantía de protección de derechos en la medida que la decisión judicial, por regla general, está sujeta a control por el superior del juez que la profirió.

Sea lo primero señalar que la *finalidad del proceso contencioso es típicamente represiva; hacer que cese la contienda, lo cual no quiere decir que cese el conflicto, que es inmanente sino componerlo mediante el derecho*, como lo señala el maestro Francesco Carnelutti.²²³

Enseña el tratadista Morales Molina que el sistema judicial se funda en la pluralidad de jueces; es pluralidad simultánea cuando la entidad judicial está integrada por varios jueces que deliberan colegiadamente por mayoría de votos; la excepción es el juez único. Actualmente se ha aceptado como más aconsejable el juez único para la primera instancia y el juez plural o colegiado para la segunda. El principio de la pluralidad se manifiesta en orden sucesivo, o sea en consideración al doble grado de competencia que el

Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se regula conforme el C.P.C. **en este caso el tribunal fijará su contribución y el no pago hará improcedente su intervención.**

²¹⁸ Sobre la intervención de otras partes y de terceros, conforme lo regula el artículo 37 lb. que ordena el pago de honorarios en un término de diez (10) días siguientes a la fecha en que se fijaron, so pena de excluirlo. No obstante establece consecuencias jurídicas diferentes, pues si la otra parte paga por ellos en el caso de (i) el interviniente excluyente, (ii) el llamado en garantía y, (iii) el denunciado en el pleito, estos pueden intervenir, pero tal opción no la tienen ni el coadyuvante ni el llamado de oficio, y para estos dos la única posibilidad que tienen es pagar directamente, pues la ley no estipula que otra parte pague por ellos, y el no pago hará improcedente su intervención. Esta discriminación si bien puede entenderse en la medida de los efectos de unos y otros terceros, afecta la garantía constitucional del principio de igualdad.

²¹⁹ La justicia estatal establece: Litisconsortes y otras partes (art. 60 lb.), Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio (art. 61 lb.), Litisconsortes cuasinecesarios (art. 62 lb.), Intervención excluyente (art. 63 lb.), Llamamiento en garantía (art. 64 lb.), requisitos (art. 65 lb.), trámite (art. 66 lb.), Llamamiento al poseedor o tenedor (art. 67 lb.), Sucesión procesal (art. 68 lb.), **Intervención en incidentes o para trámites especiales** (art. 69 lb.), **Irreversibilidad del proceso** (art. 70 lb.), Coadyuvancia (art. 71 lb.), **Llamamiento de oficio** (art. 72 lb.), **Emplazamiento** (art. 108 lb.).

²²⁰ La omisión de firmas no invalida el laudo (art. 38 lb.) frente al proceso judicial que ordena las firmas (art. 105 lb.).

²²¹ La actuación judicial se adelantará en horas hábiles, salvo que la ley o el juez dispongan realizarlos en horas inhábiles (art. 106 lb.).

²²² El juez puede ordenar allanamiento en diligencias judiciales.

²²³ CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducción de la Quinta Edición Italiana por Sentis, Melendo Santiago. Ediciones Jurídicas Europa-América S.A., Buenos Aires, 1973, pág. 27.

proceso ha de recorrer; no concluye con la primera instancia, sino que debe a instancia de la parte vencida o de ambas, sufrir un segundo examen y una segunda decisión de los jueces de apelación.²²⁴

Continúa indicando que ni con la sentencia definitiva del Tribunal de apelación queda siempre definida irrevocablemente la controversia, porque contra la sentencia de segundo grado pueden ejercitarse aún los recursos extraordinarios de casación y revisión. Llamase instancia a cada uno de los grados de competencia funcional que la ley fija a los diversos asuntos que se someten a los tribunales para su conocimiento y fallo, y también la sustanciación que tiene lugar ante cada uno de estos diferentes jueces. Señala que el proceso se decide bajo el *principio de las dos instancias* y que *el doble grado de jurisdicción ha quedado consagrado definitivamente para la generalidad de los litigios, desde la Revolución Francesa, en la mayoría de los países, pero se ha reglamentado de diversa manera (...)*.

Sigue señalando el tratadista en cita que el juez de apelación puede valorar el material probatorio con distinto criterio que el de primera instancia; puede formular juicio íntegro sobre el asunto, distinto o acorde total o parcialmente con el que se formó el inferior, y aún pueda llegar a conclusiones idénticas por motivos diversos, siempre que no se alteren los términos del debate. Señala que Chiovenda resume el problema de los poderes y deberes del juez en apelación diciendo *"que este se encuentra frente a la demanda en la misma posición que se encontraría el juez de primer grado al momento de ir a fallar"*; y Carnelutti afirma que la apelación reconstruye, no construye, aunque para hacerlo se valga de los mismos materiales como generalmente ocurre en nuestro derecho, o utilice materiales diferentes, como cuando en segundo grado ha habido nuevas pruebas.

Así la apelación o reclamo contra la decisión del juez del conocimiento no sería, pues, una querella contra éste ni contra su fallo, sino el medio de pasar el examen de la litis de uno u otro juez; que esta concepción se denominó *renovadora del proceso* y tiende a dar paso a la de control de la providencia apelada llamada *revisora*; esta la acoge nuestro ordenamiento colombiano (art. 350 C.P.C.) pues dispone que el superior estudia la cuestión decidida por el inferior. [art. 320 C.G.P.] Señala que con ambas tesis el proceso

²²⁴ MORALES, Molina Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, octava edición. Editorial ABC Bogotá 1983, págs. 72 a 76.

conserva su unidad, pues la sentencia definitiva es la dictada en la apelación, aunque sea confirmatoria.

Sobre la decisión en la sentencia de primera instancia, afirma que para Chiovenda, *la sentencia apelada no es una verdadera sentencia, sino un simple elemento que con el concurso de otro como la renuncia a la apelación o el no ejercicio de ésta, llegaría a ser la declaración del derecho*; que para Rocco *la sentencia sujeta a recurso, es, entonces, un acto jurídico perfecto con fuerza obligatoria propia, pero dada la posibilidad de los grados de jurisdicción, tiene efectos limitados y parciales mientras sea posible otra diversa declaración del derecho (sentencia de segundo grado) (...) y que, últimamente, sin embargo tiende a imponerse la tesis de que la segunda instancia no es una renovación del juicio anterior, sino una revisión de sus resultados. (...)”*.

Al respecto, el tratadista Alcalá-Zamora sostiene que la apelación *no es un novum iudicium, una segunda primera instancia (como se la llamó en Alemania), es decir, una revisión completa del proceso de primer grado, sino que tiene alcance más circunscrito y que como ha dicho Couture, son prohibidas de acuerdo con la tradición romana, las nuevas demandas (ius novorum), pero también son restringidas las excepciones y especialmente las pruebas (...).*²²⁵

De lo expuesto se tiene que la terminología de unos y otros, es distinta, -asunto que no es objeto de discusión en este estudio- pero subyace en tales planteamientos la necesidad de la *doble instancia*.

En Colombia, la Constitución Política establece la garantía de la *doble instancia* en el artículo 31 que ordena:

*“ARTÍCULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.
El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”*

El principio de *doble instancia* es garantía del derecho de contradicción y defensa, ínsitos en el derecho fundamental del debido proceso. Así lo ordenó la Corte Constitucional en la sentencia C-718 de 2012, entre otras, que efectuó el control de constitucionalidad del artículo 5 del Decreto 2272 de 1989 *“Por el cual se organiza la*

²²⁵ ALCALÁ-Zamora Niceto. Estudios de Teoría e Historia del Proceso. Vol. 3. Editorial Jurídica Universitaria S.A., México 2001, pág. 171.

Jurisdicción de Familia (...)”.²²⁶

“(…) 3.4.1. El principio de la doble instancia, garantizado constitucionalmente (Art. 31 C.P.), se constituye en una piedra angular dentro del Estado de derecho, pues a través de él se garantiza en forma plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de defensa y de contradicción, ambos integrantes del denominado debido proceso [6]” (se ha resaltado).

La Corte también señaló que la doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho y asegura la posibilidad de corregir yerros del a quo y garantía contra la arbitrariedad. Dispuso:

“(…) Ha dicho la Corte [7] que la doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley. Con este propósito, el citado principio, se constituye en una garantía contra la arbitrariedad, y en mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública.

En este orden de ideas, para la jurisprudencia constitucional es claro que en la institución de la doble instancia subyacen los derechos de impugnación y de contradicción. En efecto, la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulte forzosa la consulta.” (se ha resaltado).

Agregó la Corte que la doble instancia tiene múltiples finalidades como el control de las decisiones por otro funcionario de mayor jerarquía, ampliar el debate y evitar errores judiciales. Que está íntimamente relacionada con el principio de la doble conformidad que surge del interés superior del Estado de evitar errores judiciales que sacrifiquen la libertad del ser humano y los recursos públicos si condenan al Estado bajo la doctrina del error judicial, entre otros; al respecto sentenció:

“(…) ”

*De esta manera, **la doble instancia tiene múltiples finalidades**, tales como permitir que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de la misma naturaleza y más alta jerarquía, ampliar la deliberación del tema y evitar errores judiciales [13]:*

“Su finalidad es permitir que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada

²²⁶ Que regula de *única instancia* los procesos atinentes a los menores de edad en cuanto a su custodia y cuidado personal, visita y protección de los padres y de los permisos para salir del país-

*por otro funcionario de la misma naturaleza y más alta jerarquía –lo que en principio es indicativo de mayor especialidad en la materia- con el fin de que decisiones contrarias a los intereses de las partes tengan una **más amplia deliberación con propósitos de corrección**. La doble instancia también está íntimamente relacionada con el principio de la “**doble conformidad**”, el cual surge del interés superior del Estado de **evitar errores judiciales que sacrifiquen no sólo la libertad del ser humano, sino también importantes recursos públicos** debido a fallos de la jurisdicción contenciosa que **condenan al Estado bajo la doctrina del error jurisdiccional**” [14]” (se resalta).*

Es de señalar que el principio de la doble instancia, no es absoluto y en tal virtud tiene sus excepciones, por lo cual esta garantía procesal debe entenderse con relatividad.

La Constitución Nacional consagra expresamente el principio de la doble instancia en los artículos 29, 31y 86. No obstante, el citado artículo 31 establece tanto la regla general de la doble instancia, como la excepción conforme a la misma, sujetándola a la Ley²²⁷. El artículo 29 Ib. dispone la doble instancia en materia penal y el artículo 86 Ib. en la Acción Constitucional de Tutela.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-153 de 1995 señaló al respecto:²²⁸

*“El principio de la doble instancia, soportado en el mecanismo de impugnación a través de la apelación y en la institución de la consulta, no tiene un carácter absoluto, en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada, pues su aplicación práctica queda supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad. En tal virtud, **so pretexto de ejercer** la competencia que emana de la referida disposición, **no le es dable al legislador** al regular la procedencia de la apelación o de la consulta **establecer tratos diferenciados** que carezcan de una legitimación objetiva, en cuanto a los **fundamentos de hecho y de derecho** que los justifican, su **finalidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad**” (se resalta).*

No significa que el Legislador pueda incurrir en arbitrariedad ni que su libertad de

²²⁷ También ordena la *no reformatio in pejus* en materia penal.

²²⁸ Colombia – Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo del Código Contencioso Administrativo que regulaba el grado de consulta respecto de autos de liquidación de condenas en abstracto a favor de la Administración. En este caso consideró que no existía un trato desigual que mereciera reproche desde el punto de vista constitucional, puesto que se atendía a una finalidad legítima y el acceso a la administración de justicia de los particulares no se veía obstruido por dicha disposición. Ver también las sentencias C-040 de 2002, C-345 de 1993, C-245 de 2001, C-377 de 2002.

configuración legislativa pueda excluir la doble instancia –que no es absoluto-²²⁹ para cualquier tipo de procesos.

En la sentencia C 103 de 2005 la Corte Constitucional, expresó:²³⁰

“Lo anterior no significa que el Legislador esté en completa libertad de excluir la doble instancia para cualquier tipo de procesos. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, el Legislador debe respetar ciertos parámetros mínimos al momento de decidir que una determinada actuación procesal o proceso únicamente podrá tramitarse en única instancia y no estará sujeta a impugnación; en particular, puesto que debe mantenerse dentro del “límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe al principio de igualdad.”

Y enseguida, indicó:

“En relación con sentencias judiciales, la Corte ha indicado que es necesario estudiar cada caso individual para determinar la constitucionalidad de las exclusiones de la doble instancia-, pero al mismo tiempo ha precisado ciertos criterios que deben ser respetados por el Legislador para que su decisión de someter un procedimiento o acto procesal determinado a trámite de única instancia no riña con la Constitución:

- a) La exclusión de la doble instancia debe ser excepcional;*
- b) Deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia;²³¹*
- c) La exclusión de la doble instancia debe propender por el logro de una finalidad constitucionalmente legítima;²³²*
- d) La exclusión no puede dar lugar a discriminación”²³³ (se ha resaltado).*

De otra parte, como lo señala el tratadista Alsina²³⁴ el *principio de contradicción* subyace en la doble instancia, por cuanto es el ejercicio de la defensa en juicio, en el caso

²²⁹ El principio de la doble instancia no es absoluto; el Código General del Proceso establece la excepción de la doble instancia al proceso contencioso de mínima cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria, de responsabilidad médica, de sucesión, de celebración de matrimonio civil y de conflictos en la propiedad horizontal, tal como lo ordena el artículo 17 C.G.P.

²³⁰ Colombia – Corte Constitucional declaró exequible el literal b) del artículo 70 de la Ley 794 de 2003–sobre derogatorias- relativo a:

(...) b) los artículos 544 a 549 del Código de Procedimiento Civil que regulan el proceso ejecutivo de mínima cuantía. Estos procesos se tramitarán en única instancia bajo las reglas establecidas para los procesos ejecutivos de mayor y menor cuantía.”

²³¹ Ver Colombia – Corte Constitucional C-788 de 2002 y C-345 de 1993

²³² Colombia – Corte Constitucional en la sentencia C-788 de 2002 la Corte señaló que la eficacia de la justicia y la celeridad del proceso o economía procesal eran finalidades legítimas para la exclusión de la doble instancia. Ver también la sentencia C-377 de 2002.

²³³ Colombia – Corte Constitucional sentencias C-179 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-040 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y C-377 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas)

de la apelación de atacar la sentencia que se funda sobre el *régimen de la bilateralidad*, según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria y que; “*ello importa la contradicción o sea el derecho de oponerse a la ejecución del acto y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad.*” Continúa afirmando dicho tratadista que “*la bilateralidad no quiere decir que necesariamente deban intervenir las dos partes para que el acto tenga validez, sino que se les haya dado la oportunidad de intervenir.*”

En relación con la *gratuidad* y la *celeridad*^{235 236} se tiene que la primera hace relación con el *principio del acceso a la justicia*²³⁷ y la segunda con el *derecho constitucional de obtener pronta justicia*²³⁸ y también con el acceso a la justicia de acuerdo a la interpretación constitucional. En efecto, la Corte Constitucional²³⁹ sentenció que la celeridad es uno de los principios que debe regir la administración de justicia bajo la Constitución Política de 1991, no siendo un fin en sí mismo sino un medio para garantizar el derecho fundamental del acceso a la justicia, entre otros. En tal sentido sentenció:

“ (...) ”

22.- Esta Corte, desde sus primeras sentencias, ha identificado la celeridad como uno de los principios que debe regir la administración de justicia bajo la Constitución de 1991[28]. Ello se desprende del artículo 228 de la Constitución que prescribe que “los términos procesales se observaran con diligencia” y del artículo 209 de la misma que instaura el principio de celeridad como uno de los que debe caracterizar la actuación administrativa.^{240 241 242 243 244 245} Esto último en vista de que “los postulados rectores de la función administrativa también tienen operancia

²³⁴ ALSINA, Hugo. Fundamentos de Derecho Procesal. Vol 4. Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso. Editorial Jurídica Universitaria. México 2001. pág. 175.

²³⁵ El artículo 4 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, 270 de 1996 dispuso que la administración de justicia debe ser pronta, entre otros.

²³⁶ Artículo 1 de la Ley 1285 de 2009 que modificó el art. 4 de la Ley 270 de 1996, dispuso: “*Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.*”

²³⁷ Art. 229 Constitución Política. República de Colombia

²³⁸ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-230 de 1993, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

²³⁹ Colombia – Corte Constitucional sentencia C-543 de 2011, M.P. Humberto Porto Sierra.

²⁴⁰ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-450 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero

²⁴¹ Colombia – Corte Constitucional sentencia C-416 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell

²⁴² Colombia – Corte Constitucional sentencia T-577 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

²⁴³ Colombia – Corte Constitucional sentencia C-803 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁴⁴ Colombia – Corte Constitucional sentencia C-648 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

²⁴⁵ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-558 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

en el desarrollo de la función jurisdiccional, como manifestaciones que son del poder del Estado”²⁴⁶.

(...)

23.- Ahora bien, la celeridad que debe revestir los procesos judiciales no es un fin en sí misma, sino un mecanismo para garantizar dos derechos fundamentales de suma importancia en el Estado Social de Derecho: el debido proceso y el acceso a la justicia.

Dicha providencia reiteró la estrecha relación existente entre el principio constitucional de celeridad y el derecho fundamental al acceso a la justicia, con base en el concepto material –no formal- en el sentido que no es acudir ante la justicia e intervenir sino el derecho a que el conflicto sea resuelto de manera pronta; en tal sentido dispuso:

“(...)

Por otro lado, la jurisprudencia de esta Corte ha resaltado la estrecha relación existente entre el principio constitucional de celeridad y el derecho fundamental al acceso a la justicia (artículo 229 de la Constitución) con base en el concepto material -no formal- de acceso a la justicia que implantó la Constitución de 1991. Estos calificativos han sido usados para señalar que un acceso a la justicia formal consistiría, simplemente, en “la facultad del particular de acudir físicamente ante la Rama Judicial -de modo que se le reciban sus demandas, escritos y alegatos y se les dé trámite-”,²⁴⁷ mientras que en un sentido material el acceso a la justicia significa, entre otras cosas, el derecho a que el conflicto planteado a la administración de justicia sea resuelto de manera pronta.^{248 249}

El concepto de acceso a la justicia material ha sido explicado de la siguiente manera por la Corte Constitucional: “la jurisdicción no cumple con la tarea que le es propia, si los procesos se extienden indefinidamente, prolongando de esta manera, la falta de decisión sobre las situaciones que generan el litigio, atentando así, gravemente contra la seguridad jurídica que tienen los ciudadanos. La administración de justicia, no debe entenderse en un sentido netamente formal, sino que radica en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera la resolución de un proceso, la obtenga oportunamente. (...) Así las cosas, vale decir, que una decisión judicial tardía, constituye en sí misma una injusticia, como quiera que los conflictos que se plantean quedan cubiertos por la incertidumbre, con la natural tendencia a agravarse”^{250 251 252 253 254 255 256}.

²⁴⁶ Colombia – Corte Constitucional sentencia C-416 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell

²⁴⁷ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-292 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

²⁴⁸ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-1171 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

²⁴⁹ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-084 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

²⁵⁰ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-577 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

En el mismo sentido expuesto, pero ampliando su enfoque se ha planteado el *consumo como derecho humano* dada la relación entre los derechos del consumidor y los derechos humanos, el tratadista Tambussi²⁵⁷ señala que no debe hacerse *hincapié en la faz patrimonial de la protección*, sino que en relación con *consumos vinculados a una clase (primer mito) o a determinados hábitos de consumo (segundo mito) que reducen la problemática a una lógica simplista, con el objeto de minimizarlo como rama del derecho*. Continúa señalando que: “*El derecho del consumidor es, sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana*” y que se encuadra dentro del marco de los derechos humanos.

Tal enfoque, sintético, permite enmarcar el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En el seno del Sistema Interamericano de derechos Humanos (SIDH) se ha reconocido la necesidad de delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al *debido proceso judicial* y a la *tutela judicial efectiva*, en casos que involucran la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales (*derechos sociales o DESC*).²⁵⁸

En el estudio de la CIDH se determinaron cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios sobre la protección judicial de los *derechos sociales* como en general alude a los DESC y son: (i) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales, (ii) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos, (iii) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales y (iv) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de los *derechos sociales* individuales y colectivos. En tal propósito plantea que para *efectivo acceso a la justicia* se requiere la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y valorar el costo del proceso; “*En ese sentido, es común que la desigual situación*

²⁵¹ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-190 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

²⁵² Colombia – Corte Constitucional sentencia T-546 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell

²⁵³ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-450 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

²⁵⁴ Colombia – Corte Constitucional sentencia C-181 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

²⁵⁵ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-366 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²⁵⁶ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-753 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería

²⁵⁷ TAMBUSI, Carlos Eduardo. El consumo como derecho humano. Editorial Universidad. Ciudad de Buenos Aires, 2009, págs. 29 y 30.

²⁵⁸ Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2007. Disponible en: www.es.cr.net.org/es/derechos. pág. 1.

*económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en juicio.*²⁵⁹

Propone el estudio en cita,²⁶⁰ unos criterios para determinar la procedencia de la asistencia legal gratuita en los casos concretos y son: (i) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada, (ii) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y, (iii) la importancia de los derechos afectados. Que para el caso de los costos del proceso, sea judicial o administrativo, entre otros, -que incluye la localización de los tribunales, asunto éste que escapa al propósito de este escrito- si los costos son excesivos vulnera el artículo 8 de la Convención Americana.²⁶¹

Finalmente en tal estudio se aborda, entre otros, el *derecho al plazo razonable del proceso* como garantía del debido proceso en sede judicial, identificando cinco criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de un proceso y son: (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado, (iii) la conducta de las autoridades judiciales, (iv) la finalidad del procedimiento judicial respectivo y (v) la naturaleza de los derechos en juego. En tal razón la CIDH ha indicado que se decida con *celeridad* especialmente en casos urgentes y que ha puntualizado que el criterio relevante a fin de evaluar el plazo

²⁵⁹ Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. ob. cit. pág. 1.

²⁶⁰ Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. ob. cit. pág. 2.

²⁶¹ "Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia."

razonable de los procesos, no es la cantidad de actos en el expediente, sino su eficacia.²⁶²
263

Con base en lo expuesto y para hacer la relación con la justicia distributiva que en concreto plantea la *justicia como equidad* por acuerdo mutuo entre las partes sujetas a condiciones de equidad donde solo permite la desigualdad que redunde en beneficio de los menos favorecidos, de manera que la exposición sobre la doble instancia, la celeridad y gratuidad tanto en la justicia ordinaria como arbitral permite explicitar la viabilidad para la aplicación de dicho sistema.

Y esto es así, por cuanto tal principio de la doble instancia y las garantías procesales constitucionales enunciadas, permiten no solo sustentar sino materializar los postulados del *garantismo* y el enfoque de la *justicia distributiva* como un sistema coherente, si se quiere un bloque monolítico; lo primero como garantía sustancial y lo segundo dado su carácter sustancial aplicado en el proceso.

En cuanto al *garantismo*, la doble instancia se erige como pilar de los derechos de los individuos que aquella pregona, sobre la base de un *sistema de garantías*, como un conjunto de límites y vínculos a los poderes y para la procura de los derechos sean patrimoniales o fundamentales, como lo plantea dicha teoría; respecto de la *justicia distributiva* en cuanto a que en la *relación jurídica asimétrica* entre consumidores y proveedores se haga patente que como lo plantea dicha justicia, la *igualdad simple* en materia procesal, análogamente, como lo plantea en que los individuos tienen igual capacidad y oportunidad de acceso al mercado y que si tal igualdad muta a desigualdades por la interacción de las fuerzas se aplique el *principio de diferencia* que afirma que éstas se justifican *solo si se orientan a generar y de hecho generan, el mayor beneficio social a la clase social menos aventajada*, en nuestro caso a través de la *gratuidad* en el acceso a la justicia y en la *celeridad* para una pronta resolución del litigio de manera que se dé fin al litigio y como consecuencia a la *relación jurídica asimétrica*.

En tal razón a continuación se detalla el alcance de la única y la doble instancia según corresponda a la justicia estatal o el arbitraje.

²⁶² Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. ob. cit. pág. 4.

²⁶³ Es de señalar que tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos; que se han verificado problemas para acceder a las acciones al excluir la tutela de derechos sociales que no se consideran derechos fundamentales o porque se les impone requisitos procesales excesivos. OEA. CIDH. ob. cit. pág. 5.

El arbitraje es de *única instancia* por aplicación de los principios de *inimpugnabilidad* e *inapelabilidad*. Se renuncia tanto a acudir a la justicia ordinaria como a tener segunda instancia en la que se debate el fondo del litigio. Además, la autoridad judicial no es superior jerárquico del árbitro único o colegiado.

Sin constituirse en otra instancia, procede el *control judicial* de carácter formal, que no sustancial, con el *recurso extraordinario de anulación* (art. 40 Ley 1563 de 2012) para la revisión de aspectos procesales (art. 41 Ib.) y eventualmente con el *recurso de revisión* (art. 45 Ib.) por las taxativas causales y conforme el trámite previsto en el Código General del Proceso²⁶⁴. De otra parte, en nuestro país existe la posibilidad de impugnar la decisión arbitral a través de la Acción de Tutela.

Se considera relevante, de una vez, aludir a esta situación excepcional en materia arbitral, es decir la procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-174 de 2007, dispuso que dicha acción no procede por regla general contra el laudo arbitral y procede **excepcionalmente por vía de hecho**; al respecto señaló:²⁶⁵

²⁶⁴ Conforme el artículo 46 Ib. es competente para conocer de dicho recurso y del recurso extraordinario de revisión, la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar donde hubiere funcionado el tribunal de arbitraje. Cuando se trate de asuntos con entidades estatales, la competencia es del Consejo de Estado.

²⁶⁵ **ACCION DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL**-Reglas aplicables

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO SUSTANTIVO-Configuración

En materia arbitral la vía de hecho por defecto sustantivo surge cuando el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental. Las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal. En esa medida, únicamente se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental.

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO ORGANICO-Configuración

En el campo del arbitramento, la vía de hecho por defecto orgánico tiene requisitos particularmente exigentes para su configuración, puesto que en virtud de la regla kompetenz-kompetenz –ver aparte 3.2.1. (a) subsiguiente-, los tribunales arbitrales tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En consecuencia, para que se presente este tipo de vía de hecho es necesario que los árbitros hayan obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles.

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO PROCEDIMENTAL-Configuración

En materia arbitral la vía de hecho por defecto procedimental se configura cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente por fuera del procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello (a) se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso, y (b) dicha vulneración directa de

“Por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental. En tal medida, las hipótesis de procedencia de la acción de amparo constitucional contra estas actuaciones son excepcionales y exigen la configuración de vías de hecho, o sea, de una actuación por fuera del derecho que vulnera en forma directa derechos fundamentales.”

De lo anteriormente expuesto sobre el control jurisdiccional y volviendo sobre el tema central, de la *doble instancia* en la justicia ordinaria y de la *única instancia* en la justicia arbitral, con las anotaciones expuestas, es de indicar que como lo afirma el tratadista Morales Molina, *las resoluciones judiciales pueden dictarse con faltas de fondo o con violación de los principios de procedimiento.* En tal razón, señala que *diversa es la naturaleza del error de la aplicación del derecho, según que se refiera a la relación sustancial o a la relación procesal* y cita al maestro Calamandrei. Prosigue indicando que *si el juez se equivoca al apreciar el mérito del derecho sustancial, incurre en un vicio de juicio (error in iudicando), pero no incurre con ello en una inobservancia del derecho sustancial, porque éste no se dirige a él; en cambio, si el juez comete una irregularidad procesal incurre en un vicio de actividad (error in procedendo), esto es, en la inobservancia de un precepto concreto, que, dirigiéndose a él le impone que tenga en el proceso un cierto comportamiento.* Alude a Fábrega para manifestar que *el fundamento de los recursos, estriba en la falibilidad humana; y en el interés social de que la justicia se administre con el máximo de acierto.*²⁶⁶

Respecto de los vicios por *error in iudicando* o por *error in procedendo*, es de señalar que estos hacen relación con el objeto del recurso ordinario de apelación y el *error in procedendo* con el recurso extraordinario de anulación. Como se establece, eso marca otra diferencia entre tales medios de impugnación.

derechos fundamentales ha sido determinante del sentido del laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto.

VIA DE HECHO EN MATERIA ARBITRAL POR DEFECTO FACTICO-Configuración

En materia arbitral la vía de hecho por defecto fáctico se configura, en eventos en los cuales los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable, eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales.

²⁶⁶ MORALES, Molina Hernando, Ob. Cit. pág. 563.

En el arbitraje nacional las causales legales para el *recurso extraordinario de anulación* están previstas en la ley²⁶⁷, que señala que corresponden tanto a asuntos sustanciales como a asuntos procesales para el pacto arbitral; en cuanto a los primeros el numeral 1 alude a las causales de *inexistencia, invalidez o inoponibilidad* del pacto arbitral, y en cuanto a los segundos en los numerales 2 a 9 señala las causales de *caducidad de la acción, falta de jurisdicción o competencia, falta de integración del tribunal en forma legal*, a condición que las anteriores causales se hubiesen alegado en reposición contra el auto de asunción de competencia, *indebida representación, notificación o emplazamiento, negar la práctica de una prueba oportunamente solicitada*, esta última a condición que se hubiere alegado mediante reposición y pudiere tener incidencia en la decisión; en cuanto al laudo incurrir en vicios procedimentales como ser extemporánea *la decisión de su aclaración, adición o corrección*, siempre que se hubiere alegado ante el tribunal arbitral, *haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho*, siempre que sea manifiesta en el laudo, y *haber decidido sobre aspectos no sujetos a la decisión arbitral*,

De lo anterior se sigue que las causales precitadas son alusivas a *error in procedendo* confirmando que legalmente el *recurso extraordinario de anulación* sólo procede por razones procedimentales, que no sustanciales.

De las anteriores causales fue objeto de demanda la causal: *invalidez absoluta* incluida en el numeral 1 del citado artículo 41; la Corte Constitucional en el juicio de constitucionalidad en la sentencia C-572A de 2014 declaró inexecutable la expresión *absoluta*, de manera que la causal de invalidez es procedente tanto por nulidad absoluta como por invalidez relativa y en este último caso, a condición que se haya recurrido ante el tribunal arbitral –como lo dispone la ley- y no obstante, se entiende, se hubiese mantenido la decisión impugnada. Al respecto sentenció:

“(…) III. CONCLUSIONES

1. Síntesis del caso.

1. (…)

2. En el estudio conjunto de los cargos se analizó la doctrina reiterada de este tribunal sobre el margen de configuración del proceso y, en especial, el margen de configuración del proceso arbitral, para poner de presente los límites que debe respetar el legislador al momento de configurar el proceso arbitral; el principio de habilitación de los árbitros,

²⁶⁷ Artículo 41 de la Ley 1563 de 2012

para destacar que los árbitros no tienen competencia por sí mismos, sino por la habilitación de las partes, que se da en razón de su voluntad o consentimiento, expresada de manera válida y sin apremio alguno; y el principio de kompetenz-kompetenz, para advertir que, en principio, es el propio tribunal de arbitramento el encargado de definir su propia competencia. A partir de estos parámetros se descendió al caso concreto, para examinar la expresión “absoluta”, contenida en el numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, a la luz de los antedichos elementos de juicio, encontrando que ésta, **al excluir la invalidez relativa como causal del recurso extraordinario de anulación** y, por tanto, **impedir impugnar las decisiones tomadas por árbitros carentes de jurisdicción y competencia, es contraria a los principios constitucionales de juez natural (art. 29 CP) y de habilitación de los árbitros (art. 116 CP).**

2. Razón de la decisión.

La ley no puede restringir la posibilidad de anular un laudo arbitral, cuando el tribunal que lo profirió carecía de jurisdicción y competencia para ello, debido a la invalidez relativa del pacto arbitral, porque dicha jurisdicción y competencia se funda en la habilitación de las partes, que debe resultar de su voluntad libre y autónoma y de su consentimiento válido, esto es, carente de vicios, y dado sin apremio. (...)”.

De lo indicado se tiene que si bien es viable acudir en nulidad del laudo por *invalidez relativa* es requisito legal que se hubiese impugnado ante el tribunal de arbitramento.

Expuesto el fundamento y alcance del *recurso ordinario de apelación* y del *recurso extraordinario de anulación* es preciso considerar la clasificación los procesos en razón de la cuantía, que se constituye en un elemento determinante para establecer la procedencia de la doble instancia.

En la justicia ordinaria los procesos de menor y mayor cuantía tienen *doble instancia* por regla general y por su cuantía los procesos se clasifican en: **(i)** de mayor, **(ii)** menor y, **(iii)** mínima cuantía; los de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales hasta por 40 SMLMV, de *menor cuantía* cuando las pretensiones sean mayores a 40 SMLMV sin exceder de 150 SMLMV y los *mayor cuantía* si las pretensiones superan 150 SMLMV, el salario será el vigente al momento de presentar la demanda.²⁶⁸

²⁶⁸ Artículo 25 C.G.P.

Salvo tal excepción, los procesos de *menor y mayor cuantía*²⁶⁹ son procesos con doble instancia, apelables ante el *ad quem* superior jerárquico y con la naturaleza propia de la apelación, esto es, la pretensión de corrección de la *integridad del derecho* tanto de lo sustancial como de lo formal de la decisión judicial conforme el procedimiento²⁷⁰ de la justicia estatal.

Los procesos de *mínima cuantía*, entre otros, son de competencia de los *jueces civiles municipales en única instancia* (art. 17 C.G.P.); los procesos de *menor cuantía*, entre otros, son de competencia de los *jueces civiles municipales en primera instancia* (art. 18 C.G.P.) y los procesos de *mayor cuantía*, entre otros, son de competencia de los *jueces civiles del circuito en primera instancia*.²⁷¹

En el arbitraje como ya se indicó se encuentra señalado que es *única instancia*; también tiene definidos los procesos según cuantías.²⁷² conforme el artículo 2 de la Ley 1563 de 2012, se clasifican en *procesos de mayor cuantía* cuando las pretensiones patrimoniales son superiores a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y de *menor cuantía*, los demás.^{273 274} La ley dispuso que para los procesos menores a 40 SMLMV es admisible el *arbitraje social*.²⁷⁵

- **Pronta resolución del litigio - Celeridad**

²⁶⁹ Procesalmente los procesos se clasifican, básicamente, en consideración de (i) las cuantías de las pretensiones litigiosas y, (ii) las materias en sí. Esta clasificación aplica más a la justicia estatal. El artículo 25 C.G.P. establece que cuando la competencia se determine por la cuantía los procesos son: de *mayor*, de *menor* y de *mínima cuantía*. De *mínima cuantía* cuando las pretensiones patrimoniales no excedan de 40 SMLMV, de *menor cuantía* cuando versen sobre pretensiones litigiosas mayores a 40 SMLMV e inferiores a 150 SMLMV y de *mayor cuantía* los que superen 150 SMLMV. Para estos fines, el salario mínimo legal mensual vigente será el vigente al momento de presentar la demanda.

²⁷⁰ En la justicia estatal se aplican las normas del Código General del Proceso y en el arbitraje aplica el *procedimiento legal* señalado en la misma Ley o el *procedimiento convencional* señalado por las partes o el dispuesto por el Centro de Arbitraje, conforme lo dispuesto en los artículos 2 y 58 de la ley arbitral.

²⁷¹ Artículo 20 C.G.P.

²⁷² El artículo 2 de la Ley 1563 de 2012, clasifican los *procesos de mayor cuantía* cuando las pretensiones patrimoniales son superiores a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y de *menor cuantía*, los demás.

²⁷³ También regula dos (2) tipos de procedimientos: (i) *institucional* y, (ii) *ad hoc*; el primero es conducido por un centro de arbitraje y el segundo, directamente por los árbitros. Si las partes guardan silencio será *institucional*.

²⁷⁴ El artículo 7 ley arbitraje establece que se nombran tres (3) árbitros en el *proceso de mayor cuantía* y un (1) árbitro único en el *proceso de menor cuantía*.

²⁷⁵ Artículo 117 ley de arbitraje.

No menos importante que la garantía ya señalada, en materia de justicia, nuestra Constitución Política ordena que *se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado*²⁷⁶ y en tal razón cobra relevancia el amparo de tal derecho fundamental, que se ve reforzado al disponer nuestra Constitución como *finés esenciales del Estado*²⁷⁷, entre otros, *garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y la celeridad de la justicia*²⁷⁸ al disponer que *los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado y un debido proceso público sin dilaciones injustificadas*.²⁷⁹ Con relación a éste último asunto, es de señalar que la Corte Constitucional ha referido a incumplimiento justificado e injustificado,²⁸⁰ pero escapa a los fines del presente estudio su análisis. que sin duda contiene enfoques de naturaleza política y restricciones presupuestales para que la Rama Judicial pueda llevar a cabo sus funciones conforme la prescripción constitucional.

La Ley 270 de 1996 establece dentro de los principios que informan la administración de justicia, el de acceso a la justicia,²⁸¹ celeridad,²⁸² eficiencia²⁸³ y el respeto de los derechos,²⁸⁴ constituyéndose así, en mandatos que han de ser observados por quienes administran justicia en cada caso particular.

En lo referente a la celeridad la Corte Constitucional²⁸⁵, señaló que el juez no puede jamás circunscribirse únicamente a la sola observancia de los términos procesales y que es en el fallo donde se plasma la justicia en su esplendor y si la eventual tardanza tiene causas justificativas, así señaló:

“(…) la labor del juez no puede jamás circunscribirse únicamente a la sola observancia de los términos procesales, dejando de lado el deber esencial de administrar justicia en forma independiente, autónoma e imparcial. Es, pues, en el fallo en el que se plasma en toda su intensidad la pronta y cumplida justicia, como conclusión de todo un proceso, donde el acatamiento de las formas y los términos, así como la celeridad en el desarrollo del litigio judicial permitirán a las partes involucradas, a la sociedad y al Estado tener la

²⁷⁶ Artículo 229 C.P.

²⁷⁷ Artículo 2 C.P.

²⁷⁸ Artículo 228 C.P.

²⁷⁹ Artículo 29 C.P.

²⁸⁰ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-030 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

²⁸¹ Artículo 2.

²⁸² Artículo 4.

²⁸³ Artículo 7.

²⁸⁴ Artículo 9.

²⁸⁵ Colombia – Corte Constitucional sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

certeza de que la justicia se ha administrado debidamente y es fundamento real del Estado social de derecho.

*Consecuencia de los argumentos precedentes, fue la consagración en el artículo 228 superior del deber del juez de observar con diligencia los términos procesales y, principalmente, de sancionar su incumplimiento. Por ello, la norma bajo examen establece que de darse esta situación, el respectivo funcionario podrá ser sancionado con causal de mala conducta. La Corte se aparta así de las intervenciones que cuestionan este precepto, pues, como se vio, él contiene pleno respaldo constitucional. Sin embargo, debe advertirse que la sanción al funcionario judicial que entre en mora respecto del cumplimiento de sus obligaciones procesales, es asunto que debe ser analizado con sumo cuidado. En efecto, el responsable de evaluar la situación deberá **estimar** si dicho funcionario ha actuado en forma negligente o si, por el contrario, **su tardanza se encuentra inmersa dentro de alguna de las causales de justificación de responsabilidad, tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa del tercero o cualquier otra circunstancia objetiva y razonable**. Asimismo, debe esta Corporación advertir que la función en comento le corresponde asumirla al Consejo Superior de la Judicatura, a los Consejos Seccionales -como se desprende de lo dispuesto en los numerales 3o y 4o del artículo 256 de la Carta Política-, o a los jueces cuando ejercen la potestad disciplinaria respecto de sus subalternos, salvo en lo que atañe a los magistrados que gozan de fuero constitucional especial, caso en el cual esa labor deberá ser realizada por el Congreso de la República, sin perjuicio de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación, para “vigilar la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas (...)” (Art. 277-6 C.P.).²⁸⁶ Para lograr los anteriores cometidos, naturalmente deberán respetarse las prescripciones propias del debido proceso y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa para explicar las razones por las cuales se incurrió en mora injustificada en el trámite de los asuntos judiciales.” (se resalta).*

Es preciso abordar ahora lo atinente a la estipulación legal sobre los términos de duración de los procesos tanto en la justicia estatal como arbitral.

En la justicia estatal el Código General del Proceso establece la duración del proceso,²⁸⁷ que debe ser en el plazo no superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda y el plazo para resolver la segunda instancia no podrá ser superior a seis (6) meses contados a partir de la recepción del expediente; vencido el término el juez – individual o colegiado- automáticamente perderá competencia, deberá informar y remitir directamente el expediente al juez que sigue en turno, quien deberá fallar en un término no

²⁸⁶ Colombia – Corte Constitucional sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Sobre los alcances de la competencia del Congreso y de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a los magistrados que gozan de fuero constitucional especial, Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena

²⁸⁷ Art. 121.

mayor a seis (6) meses. No obstante, el juez excepcionalmente podrá prorrogar por una sola vez el plazo para resolver, hasta por seis (6) meses, mediante auto motivado sin recurso.

El citado código regula la suspensión del proceso²⁸⁸ en el caso de *prejudicialidad* en el caso que el proceso que lo afecte no sea posible de resolver como *excepción* o mediante *demanda de reconvencción* o en el caso que las partes de común acuerdo por tiempo determinado lo soliciten. Procede además la suspensión por impedimento o recusación.²⁸⁹ y en la actuación por *agencia oficiosa*.²⁹⁰ Además opera la suspensión por el término de treinta (30) días por la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado²⁹¹ en los procesos de cualquier jurisdicción y siempre y cuando el proceso se encuentre en etapa posterior al vencimiento del término de traslado de la demanda.

También regula la interrupción²⁹² del proceso o la actuación posterior a la sentencia, básicamente por la muerte, enfermedad grave o privación de la libertad de la parte o su apoderado judicial o curador ad litem; durante la interrupción no corren los términos y no se ejecuta ningún acto procesal a excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento. Al tener conocimiento del hecho que la origina el juez dará aviso a los interesados para que comparezcan al proceso dentro de los cinco (5) días siguientes.²⁹³

²⁸⁸ Art. 161 C.G.P. También señala ésta norma que el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción. En el párrafo dispone que si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás. También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez.

²⁸⁹ **Artículo 145. Suspensión del proceso por impedimento o recusación.** El proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se formule la recusación hasta cuando se resuelva, sin que por ello se afecte la validez de los actos surtidos con anterioridad.

Cuando se hubiere señalado fecha para una audiencia o diligencia, esta solo se suspenderá si la recusación se presenta por lo menos cinco (5) días antes de su celebración.

²⁹⁰ El art. 57 lb. dispone que la actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, y ella comprenderá el término de ejecutoria y el de traslado. Ratificada oportunamente la demanda por la parte, el proceso se reanuda a partir de la notificación del auto que levante la suspensión. No ratificada la demanda o ratificada extemporáneamente, el proceso se declarará terminado.

²⁹¹ **Artículo 611. Suspensión del proceso por intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, se suspenderán por el término de treinta (30) días cuando la Agencia Nacional de Defensa del Estado manifieste su intención de intervenir en el proceso, mediante escrito presentado ante el juez de conocimiento. La suspensión tendrá efectos automáticos para todas las partes desde el momento en que se radique el respectivo escrito. Esta suspensión sólo operará en los eventos en que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no haya actuado en el proceso y siempre y cuando este se encuentre en etapa posterior al vencimiento del término de traslado de la demanda.

²⁹² Art. 159 C.G.P.

²⁹³ Art. 160 C.G.P.

Se debe probar la existencia del proceso que lo afecta y debe encontrarse en estado de dictar sentencia definitiva –en segunda o única instancia-; decretada la suspensión los efectos²⁹⁴ son los mismos de la interrupción.

Se regula la reanudación del proceso²⁹⁵ por *prejudicialidad* hasta que el juez decreta su reanudación, debiendo acreditar copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen, dentro de los dos (2) años siguientes a su decreto so pena de declararse la reanudación de oficio o a petición de parte; se reanudará cuando las partes de común acuerdo lo soliciten.

A su turno en la justicia arbitral la nueva ley²⁹⁶ dispone que si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses contados a partir de la fecha de realización de la primera audiencia de trámite y podrá prorrogarse hasta por seis (6) meses; al comenzar cada audiencia el secretario informará el término transcurrido del proceso.

Se regula la *suspensión del proceso*²⁹⁷ en materia arbitral por solicitud de ambas partes y cuando un árbitro se declare impedido o sea recusado, por inhabilidad o renuncia o su muerte, hasta que sea reemplazado; en todo caso, no podrá solicitarse la suspensión por un término total mayor a ciento veinte (120) días y **no habrá suspensión por prejudicialidad.**

- **Gratuidad**

En complemento de los aspectos a estudiar está la gratuidad, sobre la que existe específica regulación en la justicia ordinaria; el artículo 10 C.G.P. dispone que: “*El servicio de justicia que presta el Estado será gratuito, sin perjuicio del arancel judicial y de las costas procesales.*”. Como atrás se indicó, en la justicia ordinaria el artículo 153 Ib. regulando el *amparo de pobreza* dispone que una vez concedido, el beneficiario no estará

²⁹⁴ Art. 161 C.G.P. También dispone que el curso de los incidentes no se afectará si la suspensión recae únicamente sobre el trámite principal.

²⁹⁵ Art. 163 C.G.P. También regula que la suspensión del proceso ejecutivo por secuestro del ejecutado operará por el tiempo en que permanezca secuestrado más un periodo adicional igual a este. En todo caso la suspensión no podrá extenderse más allá del término de un (1) año contado a partir de la fecha en que el ejecutado recuperé su libertad.

²⁹⁶ Art. 10

²⁹⁷ Art. 11.

obligado a prestar cauciones ni pagar expensas ni honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos ni será condenado en costas.

Es preciso aludir que sobre la gratuidad de la justicia ordinaria, existen otros antecedentes como el artículo 6 de la Ley Estatutaria de la Justicia –en la forma como fue modificado por el art. 2 de la Ley 1285 de 2009-, que reguló así la gratuidad:

“ARTICULO 6º. GRATUIDAD. *La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales²⁹⁸ que se fijen de conformidad con la ley.*

No podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal, laboral, contencioso laboral, de familia, de menores, ni en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales. Tampoco podrá cobrarse aranceles a las personas de escasos recursos cuando se decrete el amparo de pobreza o en aquellos procesos o actuaciones judiciales que determinen la ley.

El arancel judicial constituirá un ingreso público a favor de la rama judicial.” (se resalta).

Es de señalar que la Ley 1653 de 2014 reguló el arancel judicial y en juicio de constitucionalidad fue declarada inexecutable mediante la sentencia C-169 de 2014.²⁹⁹

En la justicia arbitral el artículo 13 de la ley arbitral que regula el amparo de pobreza, deja al laudo la decisión sobre costas y así señala: *“Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, el amparado quedará exonerado del pago de los*

²⁹⁸ La ley 1653 de 2014 dispuso el arancel judicial; fue declarada inexecutable mediante la sentencia C-169 de 2014. En la sentencia C-554 de 2014 se dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-169 de 2014.

²⁹⁹ Colombia - Corte Constitucional publicó el texto definitivo de la Sentencia C-169 de pasado 19 de marzo, que declaró inexecutable la Ley 1653 del 2013, a través de la cual se reformó el arancel judicial. La norma establecía que **en todos los litigios con pretensiones dinerarias, salvo algunas excepciones**, como los procesos arbitrales, laborales, penales y de familia, el accionante debía **consignar el 1,5 % del valor reclamado, antes de la presentación de la demanda.**

Según el alto tribunal, esta norma vulnera el principio de equidad, por tres razones: en primer lugar, porque el valor o monto que se debe pagar por dicho concepto **no se determina** con arreglo a **criterios** que consulten la **capacidad de pago**. En segundo término, puede considerarse como **una falta de previsión de garantías tributarias contra la confiscación**. Por último, **se puede convertir** en una **exacción desigual para sujetos con la misma capacidad de pago**.

De acuerdo con la corporación, no es razonable sostener que, al activarse la obligación de cancelar el arancel, el obligado esté en capacidad de pagarlo. Además, los elementos de esta contribución suponen una franca restricción al principio de equidad (artículos 95 y 363 de la Constitución), pues gravan una realidad que no consulta la capacidad de pago del contribuyente e implican un trato desigual e injustificado entre sujetos con la misma capacidad contributiva. Finalmente, señaló que la reforma introduce una dosis de **manifiesta regresividad al sistema tributario**, porque no tiene reglas que garanticen un sacrificio igual para contribuyentes con capacidades de pago desiguales, y **restringe el acceso a la justicia y el ejercicio de ciertas facultades de defensa en el proceso.**

(Corte Constitucional, Sentencia C-169, mar. 19/14, M. P. María Victoria Calle Correa)

en: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/noti-140331-02-esta-es-la-sentencia-que-declaro-inexecutable-la-reforma-al-arancel-judicial>

honorarios y gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar.”

Conforme lo anterior en materia de gratuidad, se tiene que ésta no incluye lo relacionado con las *costas procesales* —excepto en la justicia ordinaria cuando concede el amparo de pobreza. A continuación se explica el contenido y alcance de las *costas procesales*.

El Código General del Proceso³⁰⁰ define la composición de las costas señalando que corresponde a las *expensas* y *gastos* sufragados durante el proceso y las *agencias en derecho* y define los criterios para su liquidación, así: arancel³⁰¹, honorarios de auxiliares de la justicia y de dictamen pericial;^{302 303 304} cada parte asume los gastos y honorarios que se causen en la práctica de las diligencias y pruebas que solicite y a prorrata de las que sean comunes y las que decrete de oficio el juez (art. 169 C.G.P.), entre otros.

Dispone que la condena en costas³⁰⁵ se hace a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, a quien se resuelva desfavorablemente un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe, entre otros; una vez

³⁰⁰ Artículo 361. *Composición*. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes.

³⁰¹ Artículo 362. *Arancel*. Cada dos (2) años el Consejo Superior de la Judicatura regulará el arancel judicial relacionado con copias, desgloses, certificaciones, autenticaciones, notificaciones y similares. El magistrado o juez que autorice o tolere el cobro de derechos por servicios no remunerables o en cuantía mayor a la autorizada en el arancel, y el empleado que lo cobre o reciba, incurrirán en causal de mala conducta. Lo anterior, sin perjuicio del arancel judicial como contribución parafiscal establecido en la ley.

³⁰² Artículo 363. *Honorarios de auxiliares de la justicia y su cobro ejecutivo*. Los honorarios de auxiliares de la justicia se fijan conforme los parámetros que fije el Consejo Superior de la Judicatura y las tarifas establecidas por las entidades especializadas; los correspondientes por concepto de un dictamen pericial se rigen por las tarifas señaladas por el Consejo Superior de la Judicatura o las respectivas entidades, salvo que sean expertos especializados caso en el cual el juez los asignará teniendo en cuenta su prestancia y demás circunstancias.

³⁰³ Artículo 364. *Pago de expensas y honorarios*. Cada parte asume los gastos y honorarios que se causen en la práctica de las diligencias y pruebas que solicite y a prorrata de las que sean comunes. y las que decrete de oficio el juez. entre otros.

³⁰⁴ Artículo 169. *Prueba de oficio ya petición de parte*. Cada parte asume a prorrata los gastos de las pruebas que de oficio decreta el juez.

³⁰⁵ Artículo 365. *Condena en costas*.

decretadas podrán renunciarse y en casos de desistimiento o transacción. Además, en los casos especiales, previstos en el código.

Las erogaciones o gastos del proceso tienen regulación legal en el artículo 366 del Código General del Proceso, que regula las *costas* y *agencias en derecho*; el secretario las liquida y el juez las aprueba. La liquidación incluirá: *el valor de los honorarios de los auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales* hechos por la parte beneficiada con la condena, *siempre que aparezcan comprobados o hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*, y las *agencias en derecho* que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes, se incluirán en la liquidación de costas, siempre que estén comprobadas y el juez las encuentre razonables; si excedieren los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

Para las agencias en derecho se aplican las tarifas aprobadas por el Consejo Superior de la Judicatura, si se establece un *mínimo* o éste y un *máximo* el juez dispondrá el monto, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin exceder la tarifa máxima.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a las *costas*; en la sentencia C-089 de 2002 que efectuó el juicio de constitucionalidad al entonces artículo 393 C.P.C. indicó que siguiendo planteamientos de la doctrina nacional, en cuanto a las *costas*, esto es “*aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial*” están conformadas por dos rubros distintos: (i) *las expensas* y (ii) *las agencias en derecho*; que las primeras, son los gastos del proceso y necesarios para su desarrollo **pero distintos al pago de apoderados** [honorarios], tales como los impuestos de timbre, los honorarios de los auxiliares de la justicia, y que las segundas, no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora. Al respecto sentenció:

“(...) Siguiendo planteamientos de la doctrina nacional, la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que las costas, esto es, “aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho. Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados. El artículo 393-2 del C.P.C. señala como expensas los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, y hace

*referencia genérica a todos los gastos surgidos en el curso de aquel. Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entra ésta y aquel. (...)”.*³⁰⁶

También consideró que existen límites en su cuantificación cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación; que sobre las expensas el juez debe juzgar la utilidad del gasto como una utilidad razonable y proporcionada considerando la naturaleza del proceso y la finalidad de la actuación desplegada a fin de atender los principios de justicia material y equidad.

En la justicia arbitral se regula lo atinente a las costas que deben ser asumidas, incluso en el amparo de pobreza que estipula la exoneración de los honorarios y gastos del tribunal sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, como ya se aludió (art. 13), deberá responder por las costas y perjuicios de la práctica de medidas cautelares,³⁰⁷ y en cualquier tiempo el tribunal arbitral podrá condenar al peticionario de una medida cautelas o de una orden preliminar a pagar las costas e indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado a cualquier parte;³⁰⁸ proceden tanto si el recurso de anulación no prospera, salvo que lo hubiese interpuesto el Ministerio Público;³⁰⁹ o de n prosperar ninguna de las causales invocadas se condena al recurrente, excepto si fuere el citado ministerio,³¹⁰ las costas y condenas se liquidarán en la sentencia,³¹¹ que se hará con arreglo a lo convenido por las partes o conforme el reglamento de procedimiento en particular o en su defecto según los procedimientos civiles.

Sobre lo expuesto se tiene que tanto en el proceso judicial como en el arbitral, no existe gratuidad plena, excepto en el caso de conceder el amparo de pobreza en la justicia estatal pues en la arbitral queda sujeto a lo que resuelva el laudo sobre costas; en consecuencia, queda el componente de los honorarios de los apoderados que deben

³⁰⁶ Colombia – Corte Constitucional sentencia C-089 de 2002 disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-089-02.htm>

³⁰⁷ Artículo 32 Medidas cautelares.

³⁰⁸ Artículo 87 Costas y daños y perjuicios.

³⁰⁹ Artículo 43 Efectos de la sentencia de anulación.

³¹⁰ Artículo 109 Procedimiento para el recurso de anulación.

³¹¹ Artículo 42 Trámite del recurso de anulación.

sufragar las partes en la mayoría de los casos, salvo cuando proceda nombrarles *curador ad litem*.^{312 313 314 315 316 317 318}

Tanto en la justicia ordinaria como en la arbitral, el beneficiario del *amparo de pobreza* no está sujeto al pago de honorarios; tampoco en la justicia ordinaria habrá lugar al pago de honorarios al *curador ad litem* y en la arbitral en el caso del *arbitraje social*.

La evaluación en concreto del *costo del proceso* y el sustento del mismo, es objeto del capítulo siguiente.

• Conclusión:

A manera de conclusión de este capítulo se tiene que el arbitraje como uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos ofrece a través del pacto arbitral que las partes de común acuerdo, previo o posterior, dispongan de manera libre y voluntaria que en caso de controversias sobre el negocio jurídico celebrado, sean resueltas por un tercero particular, sustrayendo el litigio de la justicia ordinaria. Subyace que las partes son iguales o con similar poder de negociación en una discusión paritaria.

³¹² El ejercicio del cargo recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión y **desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio**; el numeral 7 del artículo 48 lb

³¹³ En la sentencia C-083 de 2014 se declaró exequible la norma anterior que ordena el desempeño del cargo para los abogados en forma gratuita como defensor de oficio con base en que el principal valor de *curador ad litem* es asegurar el derecho a la defensa de la persona que representa por su ausencia o su pobreza; para materializar la justicia pues en una sociedad libre y democrática no acepta la legitimidad ni la validez de procesos judiciales donde se condene a una persona sin el respeto a un debido proceso y al legítimo derecho a la defensa; por cuanto el objetivo de la norma es garantizar el imperio de la justicia para la sociedad en general; el medio es adecuado pues con el se alcanza el fin propuesto, pues sin los abogados no es posible llevar a cabo el proceso en todas sus etapas; es necesario para asegurar el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la justicia; es una medida razonable por cuanto busca un fin legítimo, y la distinción de trato entre los *curadores ad litem* frente al resto de los auxiliares de la justicia no es irracional, absurda o caprichosa pues se ajusta a la Constitución y además, imponer la carga a todos los abogados es un medio idóneo para asegurar el acceso a la justicia y los demás derechos procesales involucrados; es un desarrollo del deber de solidaridad que resalta la labor social de los abogados y la demanda de solidaridad con los demás, dentro de una filosofía solidaria, y, materializa los ámbitos del principio de solidaridad, estos son, una pauta de comportamiento de los individuos en ciertas situaciones, un criterio de interpretación de las acciones u omisiones de los particulares frente a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales y **un límite a los derechos propios**.

³¹⁴ Para las personas emplazadas que no comparezcan, art. 108 C.G.P.

³¹⁵ para los menores e incapaces en el proceso de sucesión si no comparece su representante legal, art. 490 lb. par.3.

³¹⁶ Para los ausentes, art. 583 lb.

³¹⁷ Por expresa disposición legal no aplica esta figura para el proceso monitorio, art. 421 lb. par.

Tal potestad de celebrarlo de manera libre y voluntaria, característica importante del pacto arbitral, se releva en el caso del *pacto arbitral ficto o presunto* al establecer la ley que si una parte lo invoca y la otra no lo niega expresamente se entiende tal pacto; tal situación afecta la manifestación de la voluntad, expresa, libre y consciente, por el silencio o la inacción.

El silencio o la inacción puede tener cabida en el *pacto tácito*, en nuestro derecho la Teoría de los Actos Propios y en el derecho anglosajón el *Stoppel* y en el derecho alemán la *Verwirkung*. En el arbitraje internacional se contempla la figura del pacto tácito. Estas figuras jurídicas pueden avalar las relaciones negociales entre partes iguales o al menos entre partes de una relación jurídica simétrica.

Tratándose del consumidor colombiano y dadas sus condiciones jurídicas y económicas se torna en un sujeto débil de la relación jurídico procesal en el contrato de consumo, que se celebra bajo la figura de los *contratos de adhesión* cuyas cláusulas son predisuestas por el oferente, quedando el consumidor en posición de aceptar o no y en algunos casos debiendo someter su voluntad como en el caso de los monopolios. El consumo tiene amplias connotaciones en lo filosófico, económico y sociológico.

Emerge, por tanto, la necesidad de protección al consumidor tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo o procesal; en lo primero a través de normas tuitivas como el estatuto del consumidor, la prohibición de cláusulas abusivas y en general, la interpretación pro consumidor; en lo segundo, a través de instituciones jurídico procesales, entre aquellas las seleccionadas para el presente escrito, la doble instancia, la celeridad y la gratuidad. La doble instancia es más garantista en la justicia ordinaria considerando que la sentencia es objeto de control judicial por *error in iudicando* y *error in procedendo*, que contrasta con la justicia arbitral que carece de doble instancia en aplicación de los principios de *inimpugnabilidad* e *inapelabilidad* y el control del laudo es eminentemente formal por medio del recurso de anulación por *error in procedendo*, de la misma manera que el eventual recurso extraordinario de revisión y por vía de hecho en el caso de la acción de tutela. Es más célere el proceso arbitral y en materia de gratuidad, tanto la justicia ordinaria como la arbitral en el caso del amparo de pobreza, no están sujetos al pago de honorarios, así como tampoco en el caso de la justicia ordinaria al *curador ad litem* y en la justicia arbitral en el caso del *arbitraje social*.

Conforme con nuestra Constitución Política, la interpretación de las normas sobre el contrato de consumo y el pacto arbitral ficto o presunto ha de avenirse a favor del

consumidor en garantía de preservar el mínimo de su autonomía de la voluntad, asunto que se plantea en el siguiente capítulo.

3. Capítulo 3 La interpretación pro consumidor del pacto arbitral ficto o presunto en la relación jurídica asimétrica del contrato de consumo³¹⁹

El arbitraje se desarrolla bajo la total autonomía de la voluntad de las partes y de acuerdo a las normas sobre arbitraje nacional en la Ley 1563 de 2012 en tal negocio jurídico las partes se someten o se obligan a someter las controversias que surjan o puedan surgir entre ellas y puede consistir en una cláusula compromisoria o en un compromiso, (art. 3), que deben constar por escrito (arts. 4 y 6, respectivamente), las partes pueden definir la clase de arbitraje *ad hoc* si es conducido directamente por los árbitros o institucional si lo administra un centro de arbitraje (art. 2), el laudo se proferirá en derecho si nada se dice al respecto, podrán designar el número de árbitros y si no lo hacen serán tres (3) árbitros o un árbitro si el proceso es de menor cuantía (art.7), las partes nombran los árbitros (art. 8), pueden establecer el centro de arbitraje (art. 12) y las partes, siendo particulares, pueden pactar las reglas de procedimiento (art. 58); la enunciación anterior evidencia la libertad contractual de las partes.

En tal virtud se predica las bondades del arbitraje en la cual se ejerce plenamente la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad, en la que las partes acuerdan declinar la justicia estatal, para escoger la justicia que voluntariamente quieren, la entidad que dirima las controversias –actuales o potenciales- y pueden acordar la sede del arbitraje, que puede ser nacional o internacional, de un país o de otro según las partes acuerden libremente y eso define que autoridad conoce del eventual recurso de anulación, y en consecuencia en qué país debe hacerse el *exequatur* o reconocimiento del laudo, incluso el desarrollo mismo del arbitraje, pues de manera autónoma y libre pueden

³¹⁹ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociales – Lineamientos para una teoría general. Antrophos Editorial, 1998. Coedición et. Al. Pág. 130: “Ha de considerarse el planteamiento del sociólogo alemán, Niklas Luhmann quien expone que el contrato es la juridización de un hecho social y un negocio económico que manifiesta la contradicción de intereses entre las partes, de un lado, la maximización del beneficio del empresario a través de la tasa de ganancia y de otro lado, la maximización del beneficio del consumidor por medio de la tasa de satisfacción.”

escoger dónde se desarrollen las audiencias del proceso arbitral, pueden acordar libremente el derecho aplicable en caso que sea necesario acudir residualmente por vacíos en el reglamento de la sede arbitral, y también pueden pactar a su libre albedrío el reglamento de arbitraje aplicable e incluso pueden acordar el derecho sustancial aplicable para la resolución del litigio.³²⁰ Todo ello en el mundo del derecho privado, entre partes iguales quienes en igualdad de condiciones discuten el contrato, en presencia de relaciones jurídicas simétricas.

Tales condiciones no se presentan precisamente en una relación jurídica asimétrica, como típicamente ocurre en los *contratos por adhesión* como género y en las relaciones de consumo como especie y en éstos es aplicable el *pacto arbitral ficto o presunto*, que se configura por el silencio o la inacción de la parte contra la cual se invoca su existencia. Es decir, se rompe la regla de oro del arbitraje que establece que se conviene por las partes, de manera libre, consensuada, previa, autónoma y escrita y no de manera ficta o presunta.

Por lo anterior en el presente capítulo se analizan los efectos y consecuencias del *pacto arbitral ficto o presunto* en el contrato del consumo que se forma a través del contrato por adhesión, para lo cual se consideran los elementos expuestos en los dos capítulos anteriores y con base en ellos proponer la interpretación plausible.

En la primera parte se propugna por el entendimiento de la igualdad con base en la teoría del garantismo para sustentar la interpretación *pro consumatore* y la afectación de la autonomía de la voluntad; en la segunda parte la argumentación sobre la interpretación a favor del consumidor como parte débil de la relación jurídica asimétrica en el contrato de adhesión en el caso de configurarse la abusividad del clausulado predispuesto por el oferente y el entendimiento de la estipulación del pacto arbitral ficto o presunto como cláusula de opción; en la tercera parte se exponen los efectos en las garantías procesales de la *doble instancia*, la *celeridad* y la *gratuidad* en cuanto sus *pros* y *contras*.

³²⁰ HERRERA, Osorio Fredy Andrei. Conferencia: Autonomía de la Voluntad: Libertad, Poder o Aporía, en 1^{er} Congreso de Constitucionalización del Derecho Privado. Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Grupo de Investigación GIADESC. 27 y 28 de septiembre de 2017.

3. El garantismo como forma de entendimiento de la igualdad para sustentar la interpretación a favor del consumidor – Afectación de la autonomía de la voluntad en el pacto arbitral ficto o presunto

Sea lo primero referir que la igualdad formal es insuficiente ante la asimetría de la relación jurídica.

Nuestro derecho propende por la vigencia de la *igualdad ante la ley*, que en principio debe ser la regla general en la aplicación del derecho, visto no únicamente como *igualdad formal* sino como *igualdad material*, esto es, que en aquellos casos en los cuales se esté ante una relación jurídica asimétrica se logre la preciada igualdad.

La igualdad formal³²¹ se funda en el principio de la igualdad ante la ley,^{322 323} esto es, no existen inmunidades ni privilegios de ninguna naturaleza. Este principio jurídico-político implica la igualdad jurídica como garantía de la paridad de trato en la ley y en la aplicación del derecho.

Se garantiza la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna, promoviendo el Estado que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas de protección a favor de grupos discriminados o marginados y de quienes se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental, sancionando los abusos o maltratos contra ellos.³²⁴

Nuestra constitución establece la igualdad como derecho fundamental, artículo 13, y su exaltación de vigencia inmediata,³²⁵ al respecto la Corte Constitucional³²⁶ desarrolla

³²¹ PÉREZ, Luño Antonio Enrique. Dimensiones de la igualdad, pág. 19. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=0ZYMB9Syhu8C&pg=PA19&dq=igualdad+ante+la+ley&hl=es-419&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=igualdad%20ante%20la%20ley&f=false

³²² La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Convención Francesa de 1789 reconoció y declaró en su artículo 1o. que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos; por tanto, las distinciones sociales no tienen más fundamento que la utilidad pública.

³²³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 expresa en el artículo 2 num. 1 que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

³²⁴ Art. 13 Constitución Política - República de Colombia

³²⁵ Art. 85 Constitución Política - República de Colombia

³²⁶ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-432 de 1992, M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

este principio del derecho y dispuso que el principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, y así señala que:

“(...) se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos.

La igualdad ante la ley se desarrolla bajo el fundamento que con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad y dada la relevancia antropológica pues, también por el valor trascendente que tiene para el hombre, sobre todo dentro de una nación que persigue garantizar a sus habitantes una vida convivente dentro de lineamientos democráticos y participativos que aseguren un sistema político, económico y social justo.”³²⁷

Así entonces se tiene que la igualdad formal en su dimensión de *generalidad concreta* es no sólo factible sino necesaria; su aplicación se torna obligatoria, en el *pacto arbitral ficto o presunto* cuando se contemple el trato diferente, que debe estar justificado si la diferencia se materializa en el contrato de consumo y de surgir una relación asimétrica ha de nivelarse para hacer realidad un *sistema político, económico y social justo*; debe tenerse en cuenta que en la formación de la ley el objetivo expreso lo constituyó la promoción de la inversión para la seguridad jurídica de los inversionistas y nada se indicó sobre la protección de la parte débil en la relación jurídica sustancial asimétrica.

Ahora bien, el maestro Bonivento Fernández expone que el pacto arbitral contiene elementos esenciales como la *arbitralidad subjetiva* esto es la aceptación del pacto arbitral y la *arbitralidad objetiva* es decir, la materia del mismo que es de naturaleza patrimonial y de *libre disposición*; además es relevante la prueba para acreditar el *consentimiento* y como lo señaló el maestro Bonivento, se agrega el requisito de la *solemnidad* pues debe constar por escrito o documentariamente, con la excepción de la manifestación que haga el convocante de su existencia, aunque no exhiba documento alguno, sin el rechazo o negación de la convocada (§1.1.).

³²⁷ Colombia – Corte Constitucional sentencia T-432 de 1992 ya citada.

Expuestos los fundamentos centrales del principio de igualdad,^{328 329 330 331 332} es menester que su materialización tenga arraigo en el garantismo; el maestro Ferrajoli plantea en dicha teoría la protección de los derechos de los individuos sobre la base de un sistema de garantías que por supuesto incluye al *sujeto débil desde el punto de vista jurídico*, bien sean derechos fundamentales o patrimoniales y en estos casos tiene relación directa al caso objeto de estudio ante la manifiesta condición de asimetría del consumidor frente al productor o proveedor, sobre la base de lo que denomina *el modelo de configuración jurídica de las diferencias*, que implica la *valoración jurídica de las diferencias* que es aplicable cuando el consumidor sea convocado a arbitraje a través del *pacto arbitral ficto o presunto*.

Tal convocatoria afecta la autonomía de la voluntad por cuanto no contiene los elementos de la esencia del arbitraje, v.gr. su libre discusión, el acuerdo sobre las condiciones, sede, procedimientos aplicables, entre otros, y supone salvaguardar a la parte débil. En la garantía subyace la igualdad expuesta por el maestro Piero Calamandrei sobre condiciones de igualdad no meramente jurídica o decir, *meramente teórica*, sino *efectiva paridad práctica*, que signifique paridad técnica y paridad económica.

Y es que la bondad del arbitraje de ejercer la libertad contractual para la discusión en pie de igualdad entre las partes sobre el pacto arbitral, no se da en el derecho del consumidor pues la *manifestación de la voluntad* emerge sólo en la *actuación procesal* si

³²⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos del "Pacto de San José de Costa Rica" en el artículo 1 que los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³²⁹ Dicha Convención Americana, dispone en el artículo 24 que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

³³⁰ Los Estados firmantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, convinieron en el art. 2 num. 1 que se previene que cada uno de los Estados se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³³¹ El referido Pacto en el artículo 26 consagra que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³³² Los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, acordaron en su artículo 2o. numeral 1o. que se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

la parte contra la que se invoca el pacto arbitral no la niega expresamente, de forma que la manifestación de la voluntad se expresa en el silencio o en la inacción. Estos son asuntos técnicos, especializados si se quiere en materia legal, de dominio y conocimiento casi exclusivo de los expertos en arbitraje, entonces no están al alcance para el caso de los consumidores, o al menos para la gran mayoría. Es evidente la especialidad del tema arbitral, cuyo conocimiento limita a las personas del común.

La dificultad para el consumidor, para la mayoría de ellos, que lo confirma como *sujeto débil jurídico*, por cuanto la *manifestación de la voluntad* en el pacto arbitral ficto o presunto se configura bajo *formas impuestas o legales* como lo afirma Gariboto (§2.1.1.) asuntos que escapan del conocimiento del consumidor; además, (§2.1.2.) el silencio o la inacción tiene asidero en la teoría de los actos propios, el *Stoppel* y la *Verwirkung*.

De otra parte, es de señalar que el pacto arbitral ficto o presunto como fue establecido en nuestra legislación, comporta un medio de prueba del mismo, pero no en el sentido de *confesión* como lo señaló el tratadista López Blanco al no darse los elementos esenciales de tal figura jurídica (§1.2.1.). En efecto, la *confesión* es una *declaración de parte* sobre hechos que favorecen a la parte contraria^{333 334 335 336 337 338 339} y en el caso del *pacto arbitral ficto o presunto* se estableció que al ser invocado sin oposición del convocado, bien por manifestación expresa en contrario o si se incurre en inacción se entiende probado el *pacto arbitral*.

³³³ Art. 191 C.G.P. Requisitos de la confesión. “La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.”

³³⁴ Art. 196 C.G.P. Inadmisibilidad de la confesión.

³³⁵ Art. 205 C.G.P. Confesión presunta. “La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.”

³³⁶ Art. 192 C.G.P. Confesión del litisconsorte.

³³⁷ Art. 193 C.G.P. Confesión del apoderado.

³³⁸ Art. 194 C.G.P. Confesión del representante legal.

³³⁹ Art. 195 C.G.P. No vale la confesión del representante legal de entidad jurídica de Derecho Público.

Finalmente, no puede perderse de vista que el *consumo* no es solo el acto para la satisfacción de necesidades, sino que tiene honda repercusión, tanto que se elevó a la categoría de problema social, y las ciencias sociales lo estudian como *sociedad de consumo*; la antropología considera el consumo como parte de los procesos socioculturales, y en lo jurídico a partir de la evolución de la vida económica sobre masificación de la producción y el consumo, llevó a la creciente utilización de contratos con contenido predispuesto (§1.3.).

En tal razón se hace imperativa la protección del consumidor, además por cuanto la relación jurídica asimétrica se funda en el contrato de consumo que se forma a través del contrato por adhesión.

En tal relación jurídica asimétrica se dan los presupuestos señalados en los estudios críticos del derecho, *cls Critical Legal Studies*, que a través de Galanter hace visible la disparidad entre los demandantes frecuentes y los ocasionales, como lo son los productores y proveedores frente a los consumidores y se materializa no sólo la evolución del contrato sino su concepción desde el derecho, desde la concepción del derecho como el mero querer de las personas, de una voluntad creadora de reglas de derecho igual a la ley —el contrato es ley para las partes—, sobre los fundamentos de la libertad y la igualdad, como una filosofía liberal, individualista y voluntarista hasta la concepción crítica moderna de *socialización del derecho* que considera falacias a la libertad y la igualdad, al ser esta formal y aquella ilusoria, haciendo del contrato un instrumento de injusticia y explotación dando una excesiva prevalencia a las convenciones privadas en detrimento de la equidad y de las exigencias morales, exigiendo la intervención estatal con normas imperativas incorporando elementos éticos y sociales.

La libertad contractual se restringe a contratar o no en los contratos de adhesión, que incluye el de consumo y por tanto se limita sustancialmente la *autonomía de la voluntad*, agravándose en los casos de la *relación jurídica asimétrica* manifiesta como parte débil en el caso del consumidor de manera que en estos casos cobra vigencia los postulados del *garantismo* y de la *justicia distributiva*.

El *garantismo* propone la garantía de los derechos individuales que se expresa en la autonomía de la voluntad a través del *sistema de garantías*, sobre la base del sometimiento a la ley y en concreto a los *derechos fundamentales*; ampara la expectativa jurídica tanto positiva (*prestaciones*) de los derechos sociales, como negativa (*no lesiones*) en materia de derechos como la libertad y derechos fundamentales.

Como complemento, la justicia distributiva que, entre otros, contempla la relación entre la producción y el consumo, y como lo refiere el tratadista Walzer (§2.2.) el mercado ha sido el medio para la distribución de los bienes sociales sin que sea o haya sido un sistema distributivo completo; sobre tal enfoque el *sujeto débil* tiene acceso al mercado pero limitado para la plena satisfacción de sus necesidades y así entonces la *igualdad simple* se torna luego en desigualdad en la interacción del mercado, surgiendo lo que denomina el tratadista Rawls como el *principio de diferencia*,³⁴⁰ denominado también *criterio de maximin*,^{341 342 343} según el cual la desigualdad sólo es admisible si produce bienestar social a los más desfavorecidos; en tal estado de justicia el Estado ha de propugnar por la defensa de los débiles ante la presencia de relaciones desiguales en aplicación de los principios de *justicia e igualdad* como garantía de las libertades básicas e igualdad equitativa de oportunidades para que las desigualdades sociales y económicas – en punto al tema de estudio-, resulten aplicables pues sustentan el imperativo de protección al consumidor.

Y es que tal postura, se aviene con la *teoría consensual de la justicia* que expone Rawls sobre la base de unos principios de justicia consensualmente concertados que

³⁴⁰ Los principios de la justicia se fundan en dos principios: el primer principio el de *igual libertad* y el segundo principio compuesto tanto por el de *igualdad de oportunidades* como por el *principio de diferencia*. Para garantizar la condición de *libres e iguales* Rawls introduce el concepto de *bienes primarios* que clasifica en dos tipos: *naturales* y *sociales*; aquellos hacen relación a la dotación natural de las personas (salud y talentos), y éstos son las libertades básicas, acceso a posiciones sociales y las ventajas económicas. Señala que la forma en que una sociedad asegura el control de estos medios a sus ciudadanos, determinará si la sociedad es justa o injusta. Que el bien primario de los bienes sociales de autorrespeto es el más importante para Rawls pues la creencia que el propio proyecto vital es valioso contribuye a ser parte en la cooperación social y el punto más fuerte del *principio de diferencia* se encuentra en que debe garantizar que las personas tengan asegurada una justa distribución de este bien primario y la aplicabilidad de un sistema institucional debe mejorar la condición económica de los más pobres sin que se mantenga el desprecio hacia ellos, pues la mejora de los menos aventajados debe incluir tanto el aspecto estrictamente económico como el que hace al respeto de los otros y el propio. PEREIRA, Gustavo. ¿Condenados a la desigualdad extrema? Un programa de justicia distributiva para conjurar un destino de *Morlocks* y *Eloi*. Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales "Viente Lombardo Toledano", México D.F. Primera edición 2007. págs.26 a 30.

³⁴¹ Palabra que proviene de la jerga económica, que abrevia la expresión "*maximizar el mínimo*". DA SILVEIRA, Pablo. Johns Rawls y la justicia distributiva. Ed. Campo de Ideas, Madrid, 2003, pág. 27.

³⁴² También denominado *Criterio del maximin*; este principio es el que le otorga el carácter igualitario a la Teoría de Rawls, a través del cual si se mejora sistemáticamente a quienes están peor en una sociedad, el resultado final es que todos deben quedar igual en términos del criterio de medición que se defina. CASTELLANOS, García Daniel. ¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva. U. Externado de Colombia, 2012, pág. 75.

³⁴³ Se hace crítica a la teoría de la justicia de Rawls en cuanto a lo que consideran errores de fundamentación analítica de su sistema, que tienen su origen en la ficción de partida basada en el análisis del contrato social sino en el supuesto de plena información y entorno estático que considera sobre los bienes sociales, lo que le lleva a estimar justificada la coacción para garantizar no solo las libertades esenciales sino también el principio de "maximin" en virtud del cual ha de maximizarse la situación de los menos favorecidos garantizando la igualdad de oportunidades para todos. KIRZNER, Israel M. Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva. Unión Editorial S.A. 1995, pág. 30.

permitieran orientar y corregir el ordenamiento jurídico-político desde unos criterios que satisfagan las expectativas diferencias y desigualdades de la pluralidad de sujetos colectivos que conforman la ciudadanía, como lo señala el profesor Dr. Mejía.^{344 345}

Explica el profesor Mejía, que *el constructo metodológico que utiliza Rawls es el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad a su interior.*³⁴⁶ Para los fines del enfoque del presente escrito, la justicia distributiva³⁴⁷ se torna en fundamento de la interpretación propuesta pro consumidor, en garantía del *principio de igualdad* de forma que se revierta o al menos, se mitigue, el efecto de *relación jurídica asimétrica*, pues como lo afirma el profesor Mejía;

*“(...) las condiciones formales de lo justo que establece Rawls sobre el carácter que han de tener los principios de justicia; serán universales, para todos por igual; generales, regularán toda la estructura social; públicos, de fácil interpretación de toda la ciudadanía; jerarquizados, es decir, no podrán ser interpretados ni aplicados discrecionalmente por legisladores o jueces; y definitivos, en cuanto tendrán que ser concebidos para garantizar la estabilidad de la sociedad.”*³⁴⁸

En la interpretación del *pacto arbitral ficto o presunto en el derecho del consumidor* tiene cabida la propuesta de la justicia distributiva, en la medida que como lo afirma el profesor Mejía, los *principios de justicia* de Rawls *habrán de regular la estructura básica de la sociedad y dispondrán la organización de los derechos y deberes sociales, y los lineamientos económicos que pueden regir a los individuos que la componen.* Continúa afirmando que *el primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad, y*

³⁴⁴ MEJÍA, Quintana Oscar. La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia social. Universidad Nacional de Colombia. 2001, pág. 178.

³⁴⁵ MEJÍA, Quintana Oscar. Ob. cit. pág. 173, explica que Rawls surge en un contexto iusfilosófico bastante conflictivo: Por una parte, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos cambia, en 1958, su polémica doctrina de **“segregados pero iguales”** con la que se había justificado por casi un siglo el que los niños afroamericanos se educaran en escuelas diferentes a las de los niños angloamericanos blancos. Y que, eso marca huella para que su reflexión gravitara en torno a la imposibilidad de fundamentar la justicia sobre el *criterio utilitarista* de bienestar para la mayoría. **La justicia no está sujeta a transacciones y el provecho de unos, así sean mayoritarios, no puede nunca darse en detrimento de otros, así sean pocos.**

³⁴⁶ MEJÍA, Quintana Oscar. La norma básica fundamental. Derecho y democracia en Habermas. Universidad Autónoma de Occidente. 2011. pág. 45

³⁴⁷ CASTELLANOS, García Daniel. ¿Qué es la justicia? Ob. cit. pág. 74, señala que Rawls planteó una *teoría de la justicia como imparcialidad*, enmarcada dentro de lo que puede denominarse como *igualitarismo liberal*; es una teoría liberal y racionalista, continuadora de la tradición del contrato social representada por Locke (1690), Rousseau (1762) y Kant (1785, 1788). La propuesta de Rawls (1971) como él mismo lo admite, es fuertemente Kantiana.

³⁴⁸ MEJÍA, Quintana Oscar. La norma básica Fundamental. Ob. Cit. pág. 45

*el segundo, la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados.*³⁴⁹ Tal apreciación en razón que *el principio de igual libertad se sitúa en una jerarquía anterior y con un carácter inalienable, y queda el principio regulador de las desigualdades económicas y sociales supeditado a él. Que, en otras palabras: el sistema general de libertades tendrá siempre prioridad sobre las disposiciones económicas, por lo que la regulación de estas últimas no podrá concebirse a costa del recorte de las primeras.* Concluye la categórica afirmación, señalando que: *En ambos casos, toda disposición política y económica deberá garantizar una mejor situación de las minorías y de los menos aventajados.*³⁵⁰

Se torna entonces que en la interpretación del citado pacto arbitral, en presencia de una *relación jurídica asimétrica* ha de prevalecer la garantía de los *menos aventajados*, esto es, de los consumidores conforme lo expuesto, de manera que el *principio de justicia* que expone la justicia distributiva en su atributo de ser *jerarquizado* implique que la interpretación y su aplicación por parte de los operadores jurídicos no sea discrecional sino de carácter general en materia del derecho del consumidor; sólo así se hace patente la protección de los derechos individuales de los consumidores para la protección en su condición de sujeto débil de la relación jurídica asimétrica en un sistema de garantías que propugna el garantismo, que de consuno con los postulados de la justicia distributiva sustenten la garantía de la libertad del sujeto jurídico como consumidor en la relación con el productor o proveedor para la plena o al menos, la mejor satisfacción de sus necesidades en condiciones de equidad.

3.1 Interpretación pro consumidor del pacto arbitral ficto o presunto en el contrato de consumo formado por adhesión – Pactos abusivos en relaciones jurídicas asimétricas – Pacto arbitral ficto o presunto como cláusula de opción

³⁴⁹ MEJÍA, Quintana Oscar. Legitimidad, Validez y Eficacia. Prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. Bogotá, Editorial Temis S.A. 2013, pág. 112

³⁵⁰ El *velo de ignorancia* es la gran diferencia entre el contractualismo de Rawls y el de Thomas Hobbes. El contractualismo hobbesiano está basado en la *idea de mutuo beneficio*. Los individuos se ponen de acuerdo en una serie de normas porque esto favorece sus intereses particulares. En el caso de Rawls, los intereses particulares son justamente lo que se ignora: los participantes en la *posición original* deben llegar a acuerdos sin conocer lo que les beneficia ni lo que les perjudica. DA SILVEIRA, Pablo. Ob. Cit. pág. 25.

Es preciso considerar la interpretación en cada uno de los aspectos que confluyen en el presente estudio, veamos:

3.1.1 Interpretación pro consumidor del pacto arbitral ficto o presunto

El contrato de adhesión surgió por evolución contractual de la contratación paritaria a la contratación masiva, de los contratos por negociación a los contratos por adhesión y dentro de éstos el contrato predispuesto donde no existe posibilidad de negociación.

Se distinguen dos etapas en la formación de tales contratos, en la primera a través de la publicidad se ofertan al público en general las condiciones generales y la segunda, cuando entran en contacto el oferente y el adherente con la entrega del contrato y la manifestación de su adhesión, limitándose así la declaración de voluntad del adherente; en dicha relación se hace infructuosa la búsqueda de la común intención de los contratantes (§2.2.1.). Es de relievear lo expuesto por el maestro Valencia Zea en cuanto que la libertad allí se limita a celebrar el contrato o abstenerse de hacerlo, siendo una libertad irrisoria cuando en la contratación con monopolios debe contratarse al ser imposible el aislamiento en sociedad. Para Stiglitz a su turno plantea que tales contratos son una categoría invasora donde existe disparidad del poder de negociación y que coincide con la disparidad económica, donde el predisponente es la parte fuerte del contrato y el adherente la parte débil; Pagador López sostiene que al limitarse la libre autodeterminación lo que existe es la heterodeterminación unilateral y la adhesión es voluntaria pero no libre.

Es importante aludir al carácter del estatuto del consumidor y a su expresa remisión sobre la aplicación residual de otros ordenamientos internos. El artículo 4 de la Ley 1480 de 2011 establece que las disposiciones allí reguladas son de *orden público y cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita*, salvo en los casos que la ley así lo dispone. Es de importancia señalar que dicha norma expresamente ordena que *son válidos los arreglos sobre derechos patrimoniales obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos, después de surgida una controversia* en la relación de consumo.

Además establece la remisión normativa en asuntos de carácter sustancial y en materia procesal, *en tanto no contravengan los principios* de dicho estatuto; indica que de ser asuntos de *carácter sustancial* se aplicará el Código de Comercio y en lo previsto en éste, el Código Civil; en *materia procesal* se aplicará el Código Contencioso Administrativo [Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo] para las *actuaciones administrativas* y el Código de Procedimiento Civil

[Código General del Proceso] en particular las del proceso verbal sumario, para las *actuaciones jurisdiccionales*.

Finalmente, para la interpretación de los contratos de adhesión con *pacto arbitral ficto o presunto* y cuya naturaleza sea distinta de los contratos surgidos en la relación de consumo, ha de aplicarse la interpretación contractual prevista por nuestro ordenamiento en el Código Civil, por expresa remisión del artículo 822 del Código de Comercio, en los artículos 1618 a 1624 que expresamente regulan la interpretación de los contratos, en la que prima la *tesis subjetiva* sobre la *tesis objetiva* al disponer la prevalencia de la intención de los contratantes por encima de la definición del contenido y alcance del mandato jurídico ínsito en el negocio jurídico (§2.2.2.).

El consumidor colombiano como parte débil de la relación jurídico procesal, al ser contraparte del oferente y celebrar el negocio jurídico bajo la forma del contrato de adhesión, con cláusulas predispuestas por su contraparte y sin ninguna posibilidad de discusión limitándose a tomarlo o dejarlo, se materializa la afectación del legítimo ejercicio de su autonomía de la voluntad.

3.1.2 Interpretación pro consumidor: pactos abusivos en relación jurídica asimétrica

Es por lo anterior que nuestra legislación, el estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011, establece la protección del consumidor en los contratos por adhesión contra cláusulas abusivas,³⁵¹ cláusulas que son reguladas en los artículos 42 a 44 (§2.2.2.). Es de indicar que la configuración de una cláusula como abusiva implica que son *ineficaces ipso jure* como perentoriamente lo ordena el artículo 42 Ib..

Es así que a través de los derechos señalados en la ley, el consumidor goza del derecho de la *protección contractual* que incluye el de la protección contra cláusulas abusivas³⁵² en el contrato por adhesión siendo ineficaz de pleno derecho, por lo que los

³⁵¹ Art. 3 num. 1.6. "Artículo 3°. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

1. Derechos: (...)

1.6. Protección contractual: Ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley. (...)"

³⁵² El art. 43 Ib., expresamente señala como abusivas, las cláusulas que: 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones legales, 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden; 3. Inviertan la carga

operadores jurídicos –jueces o árbitros- (incluyendo la Superintendencia de Industria y Comercio cuya intervención no es del presente objeto de estudio) según corresponda la jurisdicción donde se debata el litigio, al verificar la configuración de una o varias de las causales legales para tipificarse como abusivas, debe así declararlo, sin perjuicio de los *efectos de la nulidad o de la ineficacia*,³⁵³ en relación que tal nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces y cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.

Es preciso resaltar las cláusulas contractuales que la ley dispone como abusivas, conforme el artículo 43 citado, v.gr. las que presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo (num.9), cuando para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan (num. 11). Se concluye que los operadores jurídicos habrán de verificar esa especial circunstancia y de configurarse la abusividad deberá ser declarada.

Dentro de tal marco normativo, es plausible interpretar que si los efectos del pacto arbitral ficto o presunto afectan los derechos del consumidor, en tal razón se declare dicho pacto como cláusula abusiva; en todo caso en materia del derecho del consumidor ha de aplicarse la *interpretación favorable al consumidor*³⁵⁴ así como la interpretación *in dubio pro consumidor*. En general, en los contratos de adhesión se interpreta *contra proferente*.

de la prueba en perjuicio del consumidor; 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor; 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado; 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones; 7. **Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo**; 8. **Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor**, salvo en el caso del arrendamiento financiero; 9. **Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo**; 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal. 11. **Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan**; 12. **Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral**. 13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles. 14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.”

³⁵³ Art. 44 de la Ley 1480 de 2011.

³⁵⁴ Art. 34 lb. “Interpretación favorable. Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean.”

La declaratoria como abusiva del *pacto arbitral ficto o presunto* tiene como fundamento el mandato constitucional del artículo 58 de nuestra Constitución Política que impone la *función social de la propiedad* de manera que impide el aprovechamiento o enriquecimiento económico a costa de la inferioridad contractual del consumidor, en casos tales como cuando el productor o proveedor invoque la existencia del pacto arbitral y se avizore el indebido enriquecimiento del oferente en la relación precio-producto, como en los casos de *promociones* de productos por cambios tecnológicos, por remanufactura, sin perjuicio de la acción por calidad o por producto defectuoso y en general por la protección del consumidor ante los riesgos de su salud e integridad; o como lo indica el tratadista Arrubla Paucar cuando deba acudir el consumidor fuera de su lugar de residencia o bajo una estructura costosa que le impida el acceso al mismo (§ 2.2.2.).

Además, ha de considerarse en tal contexto la previsión constitucional del artículo 333 que establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, como lo sostiene el tratadista Arrubla –ver el acápite ya señalado- por lo que los jueces deben aplicar el correctivo en el ejercicio de la autonomía privada frente a la inferioridad del consumidor, pues tal garantía constitucional representa el bien común por ella tutelado.

Cualquier cláusula que tipifique los presupuestos de hecho del artículo 1535 del Código Civil, donde la obligación dependa de la mera voluntad de quien se obliga, sobre la base del *abuso del derecho*, como en el caso de las obligaciones condicionales o modales, ha de asignarse la consecuencia jurídica allí dispuesta, consistente en declarar su nulidad. El abuso del derecho está considerado en el artículo 95 constitucional al disponer como deber ciudadano *respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*, norma que se apareja con la previsión del estatuto comercial que en el artículo 830 dispone la obligación de indemnizar por parte de quien abuse del derecho (§ 2.2.2.).

Es claro que la declaratoria de una cláusula como abusiva, bien por *nulidad* o por *ineficacia* no implica la afectación total del contrato, siempre que éste pueda subsistir sin la cláusula nula o ineficaz o como lo sostiene el tratadista Rengifo cuando ella no constituye la *esencia* del contrato; en tal caso debe la autoridad establecer los derechos y obligaciones que emanen del contrato subsistente, como lo prescribe el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011. El control por parte del juez es subjetivo cuando es sobre el contenido del negocio y es objetivo tratándose de la *validez* del contrato.

Recuérdese, de otra parte, que el estatuto de arbitraje derogó³⁵⁵ expresamente el numeral 12 del artículo 43 del estatuto del consumidor que tipificaba como abusiva la cláusula que obligaba al consumidor a acudir a la justicia arbitral, castigándola con ser ineficaz *ipso jure*.

3.1.3 El pacto arbitral ficto o presunto como cláusula de opción

En cuanto a la tipificación del *pacto arbitral ficto o presunto* como cláusula de opción según el artículo 80 del Decreto N°1829 de 2013³⁵⁶ reglamentario de las normas sobre arbitraje (§1.3.1.) dispuso que **se podrá incluir la opción de pacto arbitral en todo contrato y en particular en el de adhesión o contenido predispuesto como cláusula de opción en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918**, a condición que la estipulación debe ser clara, precisa e informarse explícitamente al celebrarse el contrato.

Otras estipulaciones que contiene dicha norma, son: **(i) la parte a cuyo favor se concede la opción podrá aceptarla o rechazarla y hacerla efectiva con la presentación de la solicitud ante el Centro de Arbitraje** para resolver la controversias que se deriven de dicho contrato, **(ii) la aceptación será expresa, libre, espontánea y en ningún caso será impuesta ni se presume por la celebración del negocio jurídico**, **(iii) la falta de aceptación al instante de celebrar el contrato, deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral y**, **(iv) salvo estipulación expresa en contrario, el término de vigencia de la opción es de un (1) año**, contabilizado a partir de la celebración del contrato

A su turno el artículo 81 del decreto en análisis, regula que la *oferta de negocio jurídico, cláusula compromisoria* **podrá incluir** condiciones en cuanto a:³⁵⁷

- (i) La materia arbitrable:** todas las diferencias que surjan con referencia a la **relación de consumo**, en cualquiera de sus fases y/o aspectos, originada en el negocio jurídico de adquisición de los bienes o prestación de servicios,
- (ii) Árbitro:** un árbitro designado por el Centro de Arbitraje, **que decidirá en derecho**,

³⁵⁵ Art. 118 Derogaciones.

³⁵⁶ Artículo compilado en el artículo 2.2.4.2.10.1. del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015

³⁵⁷ Artículo compilado en el artículo 2.2.4.2.10.2. del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015

- (iii) Sede: un Centro de Arbitraje y Conciliación del lugar del domicilio del consumidor, autorizado por el Ministerio de Justicia y del Derecho,
- (iv) Plazo para emitir el fallo: el tribunal deberá decidir en un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la contestación de la solicitud de arbitraje o de la audiencia de pruebas, según sea,
- (v) Trámite: se surtirá **por vía virtual** en cuestión de días, como allí se señala para cada acto procesal,³⁵⁸
- (vi) Costo: conforme las tarifas autorizadas al respectivo Centro de Arbitraje y,
- (vii) Direcciones: la dirección física y electrónica de las partes.

Adicionalmente, reitera lo expuesto en el artículo anterior en el sentido que el destinatario de la oferta de pacto arbitral, podrá o no aceptarla, caso este último en que deberá hacerlo de manera expresa. La no aceptación al momento de celebrar el negocio jurídico, deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral.

Expuesto el alcance de la norma reglamentaria, es del caso aludir a la norma centenaria allí referida,³⁵⁹ la Ley 51 de 1918; esta ley fue promulgada el 21 de noviembre *sobre establecimientos o sociedades de crédito* y el artículo citado reguló la **opción** disponiendo que *impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso* y será **ineficaz** si no estuviere sometida a un término o a una condición y será **fallida** si tardare más de un año en cumplirse y las partes pueden ampliar o restringir este plazo. Se deriva que es un contrato, como así se alude;³⁶⁰ las normas son del siguiente tenor literal:

³⁵⁸ a) Presentación de la demanda;

b) Designación del árbitro por el Centro, para lo cual tendrá un (1) día hábil, a partir de recibir la demanda;

c) Contestación de la demanda: dos (2) días hábiles a partir de recibir la demanda de parte del Centro;

d) Si fuere necesario presentar pruebas, se remitirán junto con la demanda o contestación. A solicitud de parte se podrá llevar una audiencia virtual, dentro de los tres (3) días siguientes a la contestación, para presentar nuevas pruebas;

e) Decisión: cinco (5) días hábiles a partir del recibo de la contestación o de la audiencia de pruebas, en su caso;

f) El tribunal no tendrá secretario. No habrá lugar a conciliación ni a audiencia de alegatos;

g) El árbitro que, conforme a las reglas del deber de información tenga alguna circunstancia para manifestar, deberá abstenerse de aceptar el encargo, caso en el cual el mismo día de la designación así lo manifestará y será reemplazado por el Centro al día siguiente;

h) Para la demanda, la contestación y el laudo, se utilizarán los formatos que el Centro deberá tener a disposición de los usuarios del sistema, en la respectiva página web;

i) El trámite se adelantará por vía virtual.

³⁵⁹ Artículo 53 de la Ley 51 de 1918.

³⁶⁰ Artículo 24 de la Ley 51 de 1918

“(...) ARTÍCULO 23. La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso.

Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz.

La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse.

Las partes pueden ampliar o restringir este plazo.

*ARTÍCULO 24. Por el derecho de registro de las escrituras de opción se pagarán diez pesos (10) sin perjuicio de pagar el derecho correspondiente conforme a la ley, cuando el contrato quede definitivamente en firme. (...) (se resalta)”*³⁶¹

Dichas normas están regulando el contrato de opción como lo contempla el Decreto Reglamentario 1829 citado, es decir no como un contrato independiente sino como parte del contrato de adhesión. En relación con la opción en sí, nuestra legislación la contempla en el Código Civil,³⁶² en la comunidad sobre predio, de tierra labrantía en el cual cada poseedor tiene la opción que le asignen una parte proporcional a su derecho; modernamente, se estipula la opción de compra sobre bienes en arrendamiento financiero, leasing y *opciones* en el mercado financiero de futuros.

Sobre el *contrato de opción* existe poca literatura y en la disponible se señala que es un contrato no regulado por la ley que surgió en los negocios sobre todo en los de las concesiones del Estado y *con mayor acentuación todavía en la de los negocios de capital internacionalizado*, como lo sostiene el autor Angel Ossorio; lo define como: *“La opción es un contrato, por virtud del cual el propietario de una cosa o derecho concede a otra persona, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad exclusiva de adquirirlo o de transferirlo a un tercero.”* y aclara que cuando la opción reviste la forma de derecho a comprar, su parentesco con la promesa de venta es notorio, pero que no hay confusión posible, puesto que en la *promesa de venta, las obligaciones son recíprocas* y ambos prometientes pueden exigirse la entrega de lo ofrecido.³⁶³ *En la opción, la oferta es unilateral* en la que sólo una parte se obliga y sobre esa base, añade que sobre esa *libertad de acción* en que se le deja es la que da nombre al contrato.³⁶⁴

Por lo expuesto, la *cláusula de opción* de pacto arbitral en el contrato de adhesión comporta una obligación unilateral del oferente en la que el *adherente*, si acepta, adquiere la facultad de optar por el pacto arbitral y hacerlo valer ante la justicia arbitral.

³⁶¹ El artículo 139 de la Ley 45 de 1923, dispuso que: *“Quedan derogadas la Ley 24 de 1905, la Ley 51 de 1918, en cuanto se refieren a las Instituciones Bancarias, y las demás disposiciones legales que le sean contrarias a la presente.”*

³⁶² Artículo 2330 Código Civil.

³⁶³ OSSORIO, Angel. El Contrato de Opción. Imprenta López, Buenos Aires, 1939, pág. 7

³⁶⁴ OSSORIO, Angel. Ob. Cit. págs. 75 y 59.

Por tanto, en los casos en que en el contrato de consumo por adhesión no se estipule la *cláusula de opción* o propuesta *no sea aceptada expresamente*, es de interpretarse que no modifica la disposición de ley que establece el *pacto arbitral ficto o presunto*, considerando la prevalencia de la ley sobre la norma reglamentaria conforme el *principio de jerarquía normativa*, por cuanto la *opción* debe ser acreditada su aceptación a través de una declaración, expresa, libre y espontánea, de lo contrario se entiende rechazada.

3.2 Garantías procesales en el pacto arbitral ficto o presunto – Afectación de garantías fundamentales? – Beneficios del arbitraje

El derecho establece la formalidad procesal para resolver las controversias y conforme con nuestra Constitución Política (C.P.), se garantiza el debido proceso para la resolución del conflicto con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, con derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado durante la investigación y el juzgamiento y a impugnar la decisión judicial (art. 29 C.P.); también se garantiza a toda persona el acceso a la administración de justicia, y la ley determinará en qué casos podrá hacerlo sin abogado (art. 229 C.P.), y prevalecerá el derecho sustancial con el cumplimiento de los términos procesales, entre otros, (art. 228 C.P.).

En materia de garantías procesales el presente estudio especificó como objeto de análisis las relativas a la *doble instancia*, la *gratuidad* y la *celeridad*, para ser evaluadas comparativamente entre la justicia estatal y la justicia arbitral. Tales garantías sobre la base de los principios generales del derecho y en particular con las instituciones jurídico procesales de la *acción* y la *contradicción* –el ataque de aquella a través de ésta-, y las garantías constitucionales y de rango legal, del debido proceso, el legítimo derecho a la defensa, el acceso a la justicia y la pronta resolución del litigio (§ 2.3.3.).

3.2.1 La garantía de la doble instancia: análisis comparativo

En lo relativo a la *doble instancia* es más garantista el proceso judicial que el proceso arbitral; en efecto, es de la esencia de la justicia ordinaria la adopción del control judicial en dos instancias, jerárquicas, en las que el control judicial se basa en el *error in iudicando* o en el *error in procedendo*, a diferencia del proceso arbitral tanto por que se

desarrolla en única instancia como por que el laudo tiene control judicial a través del *recurso extraordinario de anulación* únicamente por *error in procedendo*.

Es así que el *recurso ordinario de apelación* contra sentencias, subyace allí la *pluralidad de jueces* como doble grado de competencia –desde la revolución francesa- y como lo afirma el tratadista Morales Molina ni con la sentencia definitiva del tribunal de apelación queda definida siempre irrevocablemente la controversia por cuanto proceden los *recursos extraordinarios de casación y de revisión* (§2.3.3) La apelación comporta la revisión del litigio tanto en su aspecto sustancial –*error in iudicando*- como en su aspecto adjetivo –*error in procedendo*- pese a la eventual divergencia doctrinal sobre el alcance del mismo, para Chiovenda la revisión total y para Canelutti la reconstrucción de la decisión y no su construcción. La apelación es una garantía procesal del derecho de contradicción y defensa, en la que ha evolucionado su concepción de *renovadora* del proceso al de *revisora* del mismo. Igualmente, existe divergencia doctrinal, pues para Chiovenda no es una auténtica sentencia hasta tanto su ejecutoria consolide la *declaración del derecho*, mientras que para Rocco es un *acto jurídico perfecto* con fuerza obligatoria propia, así por razón de los grados de jurisdicción sus efectos sean limitados y parciales hasta su decisión final.

La apelación es una auténtica garantía del *control judicial* no obstante que tenga restricción en cuanto las *excepciones* y especialmente en cuanto a las *pruebas*. En nuestro medio la doctrina y la jurisprudencia confluyen en señalar que la doble instancia desarrolla el principio de la *doble conformidad* para satisfacer el interés superior del Estado de evitar errores judiciales que sacrifiquen la libertad del ser humano (§2.3.3.). Como se sustentó, la apelación no procede en todos los casos, pero si en la mayoría de ellos en razón de la cuantía de la pretensión.³⁶⁵

La garantía constitucional de la *doble instancia* del proceso ordinario, contrasta con el juicio arbitral en la que no procede, por aplicación de los principios de *inimpugnabilidad e inapelabilidad*; sin constituirse en otra instancia, contra la decisión arbitral, el laudo, procede el *recurso extraordinario de anulación* de carácter formal –*error in procedendo*-.

³⁶⁵ El artículo 25 C.G.P. establece que cuando la competencia se determine según la cuantía, estos serán de mayor, de menor y de mínima cuantía; estos últimos con pretensiones hasta de 40 SMLMV. El artículo 17 lb. dispone la competencia en única instancia de los procesos de mínima cuantía que incluye los relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor y el artículo 390 lb. señala que los procesos verbales sumarios son de única instancia.

En ambos casos, tanto en la *justicia ordinaria* como en la *justicia arbitral* en nuestro medio, procede la *acción de tutela*; para el caso del arbitraje la Corte Constitucional profirió sentencia de unificación sobre la procedencia excepcional de dicha acción en casos de *vía de hecho* que implique la vulneración de derechos fundamentales, SU-174 de 2007.

Se reitera la conclusión que es más garantista el proceso ordinario que el arbitral en razón del control judicial de la doble instancia que aplica a los procesos de mayor y menor cuantía; la *doble instancia* se configura dentro del garantismo como parte del sistema de garantías en la medida que permite la protección de los derechos individuales como lo propugna de forma que el consumidor tenga igual capacidad y oportunidad de garantía de sus derechos de forma que se materialice los postulados de la justicia distributiva como igualdad simple en materia procesal.

Analizada la anterior garantía procesal, se pasa a evaluar las dos restantes garantías, la *celeridad* y la *gratuidad*.

3.2.2 La celeridad: más célere el arbitraje

Respecto de la *celeridad* es de señalar que el *proceso arbitral* tiene regulados los tiempos de duración de los plazos de las distintas etapas procesales a diferencia del *proceso ordinario* que no las establece, sino que señala un plazo legal total.

De lo anterior, se tiene que el proceso arbitral a lo sumo tendrá una duración de dieciséis (16) meses,³⁶⁶ frente a los veinticuatro (24) meses del proceso ordinario,³⁶⁷ además considerando que la jurisprudencia constitucional ha considerado que el término del proceso ordinario puede estar excusado de su cumplimiento, C-037 de 1996, entre otras, de forma que el proceso ordinario tiene una mayor duración. Se concluye que el *proceso arbitral* es más *célere* que el *proceso ordinario* y este elemento es muy importante para la materialización de los principios constitucionales de la vigencia de un orden justo y la convivencia pacífica, de resolverse lo antes posible el litigio que perturba la vida en sociedad.

³⁶⁶ Artículo 10 ley arbitral.

³⁶⁷ Artículo 121 C.G.P. y normas concordantes

La celeridad procesal implica la materialización del derecho, real y efectivo, y no solamente el cumplimiento de los términos procesales y sus etapas, como lo sostuvo la Corte Constitucional que justificó la tardanza en la resolución del litigio, siempre que se resuelva de fondo el debate; así se patentiza el enfoque del garantismo para la protección de los derechos de los consumidores, así como los principios de la justicia distributiva en cuanto a la igual capacidad y oportunidad en condiciones de igualdad, en este caso de la celeridad por una pronta y debida justicia con la resolución del fondo del litigio.

El *garantismo* propugna por la garantía de los derechos individuales que se expresa en la autonomía de la voluntad, que se aminora en el pacto arbitral ficto o presunto al configurarse si es invocado por una de las partes y la otra no lo niega expresamente en las etapas procesales pertinentes; sin embargo tal limitación se restringe al disponer el reglamento de la ley, la cláusula de opción para incluir el pacto arbitral bajo tal figura, en todos los contratos, incluyendo los contratos por adhesión, a condición que sea debidamente informado, en ningún caso impuesto o que se presuma su pacto, y en el caso del consumidor deberá aceptarlo expresamente, de manera libre y espontánea, mediante una declaración de voluntad y no por su silencio o inacción como en el caso del pacto arbitral ficto o presunto; de esa manera se patentiza el sometimiento a la ley en la cláusula de opción para que el consumidor debidamente informado acepte so pena que la no aceptación deja sin efecto la oferta de cláusula de opción del pacto arbitral. Así entonces, se garantizan, en alguna medida, sus derechos de libertad expresada en su libertad contractual de optar o no por tal institución procesal.

3.3.3. La gratuidad del proceso en sí – Análisis de los costos para el acceso a la justicia: *agencias en derecho* en la justicia ordinaria y honorarios en la justicia arbitral y de apoderamiento en ambas

Para la evaluación de la efectividad de la *gratuidad del proceso* en sí, frente al análisis de los costos en que las partes incurren para el *acceso a la justicia* se pueden distinguir dos rubros; uno, el costo sustancial tales como honorarios de apoderamiento en ambas jurisdicciones, las *agencias en derecho* en la jurisdicción estatal y arbitral y los honorarios de los árbitros en la arbitral y otro, el costo procesal en sí, tales como las

expensas del proceso ordinario y los gastos del tribunal en el arbitral; comúnmente se alude a *costas procesales*³⁶⁸ las compuestas por las *expensas* y las *agencias en derecho*.³⁶⁹

Surge una notable diferencia entre el proceso ordinario y el proceso arbitral, puesto que la justicia ordinaria es gratuita como lo señala el estatuto procesal³⁷⁰ que dispone que *el servicio de justicia que presta el Estado será gratuito sin perjuicio del arancel judicial*^{371 372 373} *y de las costas procesales*. En la justicia arbitral se debe cubrir el gasto del proceso representado en los honorarios de los árbitros, cuya cuantía para fijarlos será con base en las pretensiones de la demanda o de la reconvención, la que fuere mayor,³⁷⁴ con límite de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y en caso de árbitro único podrán incrementarse hasta en un cincuenta por ciento (50%) y los del secretario no podrán exceder de la mitad de los de un árbitro.³⁷⁵ Cuando no exista cuantía serán hasta 500 SMLMV.

En síntesis, en el proceso ordinario las partes no sufragan costos por la actividad jurisdiccional de los jueces, como si ocurre en el arbitraje que debe efectuarse pago a los árbitros.

En ambos casos, de requerir apoderamiento, las partes deben asumir su costo, excepto en los casos que proceda el *amparo de pobreza*, o les sea admisible su representación personal como en el caso de los procesos de mínima cuantía en la justicia

³⁶⁸ Como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional, C-089 de 2002- siguiendo el planteamiento de la doctrina nacional las *costas* es *aquella erogación económica a cargo de la parte vencida* y está conformada por dos rubros distintos: (i) las *expensas* y (ii) las *agencias en derecho*; las primeras son los gastos del proceso distintos de los honorarios de los apoderados y las segundas son los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

³⁶⁹ Su liquidación incluye *el valor de los honorarios de los auxiliares de la justicia y los demás gastos judiciales* como los honorarios de peritos contratados, efectuados por la parte beneficiada con la condena, *siempre que aparezcan comprobados o hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*.

³⁷⁰ Artículo 10 C.G.P.

³⁷¹ La ley 1653 de 2013 que reformó el arancel, fue declarada inexecutable mediante sentencia C-169 de 2014.

³⁷² El arancel fue establecido en la Ley 1285 de 2009 que reformó la ley estatutaria de administración de justicia y fue regulado mediante la Ley 1394 de 2010.

³⁷³ El artículo 118 de la ley arbitral derogó expresamente el literal b) del artículo 3 que establecía como hecho generador del arancel el cumplimiento de una condena impuesta en un laudo arbitral en caso de reconocimiento o refrendación y el inciso 3 del artículo 7 que señaló la tarifa del 1% sobre la base gravable, ambos de la Ley 1394 de 2010

³⁷⁴ Art. 25 de la ley arbitral, sin perjuicio que las partes, antes del nombramiento de los árbitros, acuerden los honorarios y así se lo comuniquen junto con su designación.

³⁷⁵ Art. 26 Ib. Cuando no fuere posible determinar la cuantía de las pretensiones, los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 smlmv).

ordinaria^{376 377} y en el caso de litigios arbitrales³⁷⁸ de hasta cuarenta (40) SMLMV que se tipifican como arbitraje social.

Pese a la diferencia de la *gratuidad* del proceso en la justicia ordinaria y la *onerosidad* en la arbitral, no es óbice para dejar de lado la evaluación del costo no del proceso en sí, sino del costo para acceder a la justicia; así entonces se efectúa la comparación tanto en el judicial como en el arbitral, como se establece a continuación en el presente análisis.

3.3.3.1. Análisis comparativo de los costos reglados de acceso a la justicia

Preliminarmente es de señalar que las partes incurren en costos y gastos al inicio del proceso, durante el mismo y al finalizar. Los más generales son, al inicio los gastos de apoderamiento para la representación, las *expensas* durante el juicio y las que se liquiden al final a la parte vencida, junto con las *agencias en derecho*, y en el caso del arbitraje el costo de los honorarios de los árbitros.

De lo anterior es plausible afirmar que sólo son conceptualmente comparables las *expensas* del proceso judicial con los gastos del tribunal arbitral y comparables en sí los gastos de apoderamiento que deben asumir las partes para su representación en una y otra jurisdicción, así como las *agencias en derecho* en caso de ser vencido en juicio. Por tanto, la diferencia fundamental en el costo de acceso a la justicia entre ambas, sería el monto de honorarios por apoderamiento y el costo de los honorarios de los árbitros; para los fines

³⁷⁶ El artículo 28 del Decreto 196 de 1971, dispone que por excepción se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito, entre otros, en los procesos de mínima cuantía.

Disponible en: [http://legal.legis.com.co/document/legcol/legcol_75992041f514f034e0430a010151f034/decreto-196-de-1971-decreto-196-de-1971?text=decreto 196 1971&type=q&hit=1](http://legal.legis.com.co/document/legcol/legcol_75992041f514f034e0430a010151f034/decreto-196-de-1971-decreto-196-de-1971?text=decreto%20196%201971&type=q&hit=1)

ART. 28.—Por excepción se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito, en los siguientes casos:

1. En ejercicio del derecho de petición y de las acciones públicas consagradas por la Constitución y las leyes.
2. En los procesos de mínima cuantía.
3. En las diligencias administrativas de conciliación y en los procesos de única instancia en materia laboral.

4. En los actos de oposición en diligencias judiciales o administrativas, tales como secuestros, entrega o seguridad de bienes, posesión de minas u otros análogos. Pero la actuación judicial posterior a que dé lugar la oposición formulada en el momento de la diligencia deberá ser patrocinada por abogado inscrito, si así lo exige la ley

³⁷⁷ El num.4 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 contemplaba, entre otros, que no se requería actuar por intermedio de abogado, en los procesos que versen sobre violación de los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, a excepción de responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o populares. Tal disposición fue derogada expresamente por el artículo 626 lit.a) de la Ley 1564 de 2012.

³⁷⁸ **Artículo 2º. Clases de arbitraje.** (...)

Cuando por razón de la cuantía o de la naturaleza del asunto no se requiera de abogado ante los jueces ordinarios, las partes podrán intervenir directamente en el arbitraje.

del presente estudio no se considera relevante el análisis de lo que en este acápite se denominó el *costo procesal*, que no sustancial, representado en las *expensas* del proceso judicial y de los gastos del tribunal en el arbitraje.

Emerge una primera conclusión: es más garantista la justicia ordinaria que la arbitral, en tanto aquella es gratuita y ésta es onerosa pues cada parte debe asumir lo que le corresponda en materia de honorarios de los árbitros; sin embargo, es pertinente conocer la cuantía para tener una comparación en concreto de una y otra, incluyendo, además, lo atinente al costo por el apoderamiento para la representación.

3.3.3.2. Costos reglados de honorarios de apoderamiento, de honorarios arbitrales y de agencias en derecho

Las tarifas de los honorarios de los profesionales del derecho para ejercer la representación, bien judicial o arbitral, son las fijadas por la Corporación Colegio Nacional de Abogados de Colombia, Conalbos. mediante la publicación de la *Tarifa de Honorarios Profesionales para el Abogado en Ejercicio 2017-2018*; para el proceso verbal regula honorarios y en el caso de la *Protección al consumidor* establece dos (2) SMLMV.^{379 380}

Para el apoderamiento en materia arbitral³⁸¹ para la representación al convocante o al convocado es de veinte (20) SMLMV y si la cuantía de la pretensión excede \$500 millones serán cuarenta (40) SMLMV y en caso que se proceda con la acción de nulidad respectiva, se incrementa la tarifa en un 50% del valor acordado por las partes para el proceso.³⁸²

Ahora, es necesario señalar las tarifas de los árbitros que, junto con el apoderamiento cuando es preciso y demás gastos³⁸³, constituyen el costo de acceso a la

³⁷⁹ Colegio Nacional de Abogados, Conalbos. Tarifas 2017-2018. numeral 4.13 protección al consumidor.

³⁸⁰ Para los procesos de *mínima cuantía* mínimo dos (2) SMLMV, para los de *menor cuantía* mínimo tres (3) SMLMV y para los de *mayor cuantía* mínimo diez (10) SMLMV y cuando la pretensión excede quinientos millones de pesos (\$500.000.000), se cobrará un mínimo de veinte (20) SMLMV. Conalbos, ob. cit. numeral 2.1.

³⁸¹ En acápite: Tribunales de Arbitramento. Conalbos, ob. cit.

³⁸² Dicha entidad aclara que el valor de los honorarios de los árbitros respectivos no compete a estas tarifas y tampoco los honorarios del secretario del tribunal.

³⁸³ El numeral 8.4 del reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá para arbitraje nacional, establece gastos iniciales que se deben sufragar y acreditar con la demanda, en cuantías de un (1) SMLMV más IVA para procesos de menor cuantía y de dos (2) SMLMV si el proceso es de mayor cuantía o si es indeterminada. Disponible en:

justicia que son fijados por los centros de arbitraje, conforme con lo dispuesto en el decreto reglamentario de arbitraje³⁸⁴ señala los topes máximos así:

Tabla 1 Topes legales de honorarios arbitrales

CUANTÍA DEL PROCESO (Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes - smlmv)	HONORARIOS MAXIMOS POR ÁRBITRO
Menos de 10	10 Salarios Mínimos Legales Diarios Vigentes (smdlv)
Entre 10 e igual a 176	3.25% de la cuantía
Más de 176 e igual a 529	2.25% de la cuantía
Más de 529 e igual a 882	2% de la cuantía
Más de 882 e igual a 1764	1.75% de la cuantía
Mayor a 1764	1.5% de la cuantía

Fuente: Cámara de Comercio de Bogotá – Tarifas arbitrales 2018

La norma en cita, entre otros^{385 386 387 388} dispone que en caso de árbitro único los mencionados topes podrán incrementarse hasta en un cincuenta por ciento (50%),³⁸⁹ y los **gastos del centro de arbitraje no comprenden los que adicionalmente decreta el tribunal por concepto de costas y agencias en derecho.**

Para el presente análisis se opta por tomar en consideración las tarifas del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, para determinar el costo de los honorarios arbitrales, considerando que es el centro con mayores casos de arbitraje en Colombia,³⁹⁰

www.ccb.org/Reglamento%20General%20Centro%20de%20Arbitraje%20ajustes%20art%C3%ADculo%208.19%20y%20siguientes.pdf

³⁸⁴ Artículo 32 del Decreto 1829 de 2013 (27 de agosto) “Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012”

³⁸⁵ Parágrafo 2, artículo 32 Decreto 1829 de 2013. Independientemente de los procesos, los honorarios de cada árbitro no podrán superar la cantidad de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 SMLMV).

³⁸⁶ Parágrafo 3, artículo 32 Decreto 1829 de 2013. Los honorarios del secretario serán la mitad de los de un árbitro.

³⁸⁷ Artículo 33 Decreto 1829 de 2013. Gastos iniciales. Con la presentación de cualquier convocatoria a Tribunal Arbitral, la parte convocante deberá cancelar a favor del centro, un (1) SMLMV si el trámite es de menor cuantía, dos (2) SMLMV si el trámite es de mayor cuantía o indeterminada. Esos valores se imputarán a los gastos de administración que decreta el tribunal y serán reembolsables si el tribunal no asume funciones.

³⁸⁸ Artículo 34 Decreto 1829 de 2013. Gastos del Centro de Arbitraje. Los gastos del centro de arbitraje corresponderán al cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de un árbitro y en todo caso no podrán ser superiores a quinientos (500) SMLMV. No contemplan lo que además decreta el tribunal por concepto de costas y agencias en derecho.

³⁸⁹ Parágrafo 1, artículo 32 Decreto 1829 de 2013.

³⁹⁰ <http://www.portafolio.co/economia/centro-de-arbitraje-de-la-ccb-busca-dar-salto-internacional-516037> 10 de abril de 2018. Centro de Arbitraje de la CCB busca dar salto internacional - Portafolio

El año pasado tuvimos 442 demandas arbitrales. Lo que ocurre es que algunas veces las partes concilian, lo cual es una buena noticia. Pero la mayoría no lo hacen y van hasta una decisión arbitral, o sea hasta que se dicta un laudo. Descontando esos casos, en estos momentos tenemos 248 procesos activos cuyas cuantías pueden ser desde mínimas hasta unas exorbitantes. ¿Algún caso emblemático? Sí, por ejemplo, el caso del Ministerio de las TIC y las

las tarifas en general³⁹¹ se determinan en porcentajes sobre la cuantía litigiosa y estas a su vez son fijadas en SMLMV;³⁹² son las siguientes:

Tabla 2 Tarifas para tres (3) árbitros. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá

Tarifas en casos con 3 árbitros

CUANTÍA DEL PROCESO- RANGOS (Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes - smmlv)	Tarifa	Distribución de la Tarifa		
		Honorarios cada árbitro	Secretario	Gastos Admon CAC
Menos de 10	40 SMDLV	10 SMDLV	5 SMDLV	5 SMDLV
Entre 10 e igual a 169	13%	3,25%	1,625%	1,625%
Más de 169 e igual a 508	9%	2,25%	1,125%	1,125%
Más de 508 e igual a 848	8%	2%	1%	1%
Más de 848 e igual a 1696	7%	1,75%	0,875%	0,875%
Mayor a 1696	6%	1,5%	0,75%	0,75%

Fuente: Cámara de Comercio de Bogotá – Tarifas arbitrales 2018

Como se infiere de la tabla anterior, la tarifa total del costo del arbitraje³⁹³, se distribuye así: una tarifa para cada uno de los árbitros del 25%, para un total de la tarifa de honorarios de los árbitros del 75%, el restante 25% se distribuye en honorarios del secretario del tribunal arbitral (12,5%) y de los gastos de administración del centro de arbitraje (12,5%).

empresas de telefonía celular, que finalizó con el pago de más de 4 billones de pesos. Es el proceso de mayor cuantía que ha habido en Colombia y se dio acá.

³⁹¹ Cámara de Comercio de Bogotá. Tarifas de arbitraje. Disponible en:

<http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Sobre-nosotros-CAC/Reglamento-general>

³⁹² Tal centro de arbitraje, adopta rangos de *cuantías del proceso* de manera distinta a los estipulados legalmente, pro de manera mus similar. Las tarifas que establece se ajustan a las de ley.

³⁹³ Es gradual y descendente a medida que aumenta la cuantía litigiosa, es decir, el costo proporcional es menor al aumentar el monto del litigio; en otras palabras, son inversamente proporcionales.

Tabla 3 Tarifas para árbitro único. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá

Tarifas para casos de árbitro único

CUANTÍA DEL PROCESO (Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes - smmlv)		Distribución de la Tarifa			
Tarifa		Honorarios cada árbitro	50% de incremento en honorarios autorizado para árbitro único (Parágrafo 1. Artículo 32 del decreto 1829 de 2013)	Secretario	Gastos Admon CAC
Menos de 10	30 SMDLV	10 SMDLV	5 SMDLV	7,5 SMDLV	7,5 SMDLV
Entre 10 e igual a 169	9,75%	3,25%	1,625%	2,4375%	2,4375%
Más de 169 e igual a 508	6,75%	2,25%	1,125%	1,6875%	1,6875%
Más de 508 e igual a 848	6%	2%	1%	1,5%	1,5%
Más de 848 e igual a 1696	5,25%	1,75%	0,875%	1,3125%	1,3125%
Mayor a 1696	4,5%	1,5%	0,75%	1,125%	1,125%

Fuente: Cámara de Comercio de Bogotá – Tarifas arbitrales 2018

Como se establece en la tabla anterior, se advierte que la tarifa total del costo del arbitraje, se distribuye así: en la tarifa de los honorarios de los árbitros (50%) -compuesto por la tarifa en sí (33,3%) y el incremento autorizado por árbitro único (16,7%)-, los honorarios del secretario del tribunal arbitral (25%) y de los gastos de administración del centro de arbitraje (25%).

Finalmente, el otro componente importante del costo de los procesos son las *agencias en derecho* que se causan al ser vencido en juicio estatal y también en el arbitral, que al no ser objeto de comparación sólo se indican en su aspecto general; en particular en la justicia ordinaria³⁹⁴ serán las que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado, conforme las tarifas³⁹⁵ aprobadas mediante el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016³⁹⁶ ³⁹⁷ “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho” proferido por el Consejo Superior de la Judicatura de acuerdo a la ley.³⁹⁸

³⁹⁴ Art. 366 C.G.P.

³⁹⁵ Para los procesos declarativos en general, dispone las tarifas legales según las instancias; (i) para la única instancia entre el 5% al 15% sobre las pretensiones de tipo pecuniario, (ii) para la primera instancia según la cuantía de la pretensión pecuniaria, entre el 4% y el 10%, de mayor cuantía entre el 3% y el 7,5% de lo pedido y entre 1 y 10 SMLMV cuando carezca de cuantía y, (iii) en segunda instancia entre 1 y 6 SMLMV.

³⁹⁶ Disponible en: <http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/web/Acto%20Administrativo/Default.aspx?ID=12761>

³⁹⁷ Art. 5.

³⁹⁸ Art. 366 num. 4 C.G.P.

A continuación se efectúa la evaluación económica del costo de acceso a la justicia expresada en moneda corriente para fines de ilustrar tal costo, en concreto, de manera que sean comparables, en lo pertinente, el costo en dinero de los principales componentes en la justicia estatal y la arbitral.

3.3.3.3. Evaluación económica del costo de acceso a la justicia estatal y arbitral

Con base en las consideraciones anteriores, a continuación se expresan en nuestra moneda corriente las cuantías litigiosas señaladas en las tablas de fijación de cuantías y honorarios arbitrales, aplicando el salario mínimo legal de 2018 fijado por decreto del gobierno nacional;³⁹⁹ es de señalar que las tarifas de los honorarios de los árbitros están expresadas en salarios mínimos legales diarios vigentes, para luego hacer su comparación monetaria, así:

Tabla 4 Cuantías litigiosas⁴⁰⁰ – Tarifas de honorarios arbitrales: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá

Cuantía del proceso	Cuantías \$ (hasta)	Tarifa total	Honorarios maximos en caso de árbitro
(Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes - smlmv)			
Menos de 10	7.812.419,00	30 smldv	10 smldv
Entre 10 e igual a 169	132.029.898,00	9,75%	3,25%
Más de 169 e igual a 508	396.870.936,00	6,75%	2,25%
Más de 508 e igual a 848	662.493.216,00	6,00%	2%
Más de 848 e igual a 1696	1.324.986.432,00	5,25%	1,75%
Mayor a 1696	1.324.986.433,00	4,50%	1,50%

La comparación del costo se hace para el litigio con pretensión de mínima cuantía⁴⁰¹ que es de única instancia⁴⁰² y corresponde a un monto de \$31.249.680 (40 SMLMV) cifra

³⁹⁹ Decreto 2209 del 30 de diciembre de 2017.

⁴⁰⁰ Cálculos del autor.

⁴⁰¹ Art. 25 C.G.P. establece que los procesos son de mayor, menor y mínima cuantía, dependiendo del monto de las pretensiones patrimoniales tasadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes. Los de mínima cuantía son hasta 40 SMLMV, los de menor cuantía los que versen sobre pretensiones patrimoniales mayores a 40 SMLMV y menores a 150 SMLMV y los de mayor cuantía los que excedan de 150 SMLMV.

⁴⁰² Art 17 C.G.P.

que se considera relevante para los litigios del derecho de consumidor;⁴⁰³ dicha cuantía pese a que en el arbitraje no existe el proceso de mínima cuantía;⁴⁰⁴ tal monto corresponde al caso del *arbitraje social* que son aquellos litigios de hasta 40 SMLMV.⁴⁰⁵

Como ya se indicó en el presente acápite, la tarifa de apoderamiento para el acceso a la justicia, es decir, para ingresar a ella en única o primera instancia, es para el proceso verbal y para el litigio *Protección al consumidor* fijó como tarifa de honorarios profesionales para el abogado en ejercicio, en dos (2) SMLMV y en materia arbitral es de 20 SMLMV -al no exceder la pretensión de \$500.000.000-. De plano, se advierte que es muchísimo menos onerosa la justicia estatal que la arbitral vista a través de tales honorarios. No obstante se efectúa su valoración económica.

Finalmente, para el proceso arbitral el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio provee en internet una herramienta⁴⁰⁶ para el cálculo del costo de un proceso de hasta 40 SMLMV, cuya consulta arroja el siguiente resultado del costo de honorarios arbitrales.

Tabla 5 Cálculo del costo de honorarios por arbitraje – Proceso equivalente a mínima cuantía de la justicia estatal –*arbitraje social*

Tipo de tarifa ☒ Reglamento CAC ☐ Tarifa legal

Cuantía ☐ Indeterminada Valor 31249680

Cantidad de árbitros ☐ 1 árbitro ☒ 3 árbitros

Calcular

El valor liquidado no incluye el valor por concepto de práctica de pruebas, las cuales se regirán por lo dispuesto en el [artículo 389 del C.P.C.](#)

Servicio	%	Valor
Árbitro 1	25%	\$1.015.614,60
Árbitro 2	25%	\$1.015.614,60
Árbitro 3	25%	\$1.015.614,60
Secretario	12.5%	\$507.807,30
CAC	12.5%	\$507.807,30
IVA del 19%		\$771.867,10
TOTAL		\$4.834.325,50

Fuente: Cámara de Comercio de Bogotá – Simulador de tarifas de arbitraje

⁴⁰³ No existen estadísticas públicas que puedan ilustrar la *tipología* de la litigiosidad en Colombia, entre otras, en cuantías; el Consejo Superior de la Judicatura esbozó un plan sectorial 2015-2018 sin que allí se revele tal detalle. Disponible en:

https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/5113559/Plan_Sectorial_de Desarrallo_Rama_Judicial_2015-2018+%283%29.pdf/a7b785e1-fb02-4ff6-905b-c16ac93df312

⁴⁰⁴ Art. 2 ley de arbitraje. Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 smlmv) y de menor cuantía, los demás.

⁴⁰⁵ Art. 117 Ib. los procesos objeto de *arbitraje social* corresponde a aquellos cuyas controversias sean hasta de 40 SMLMV

⁴⁰⁶ Disponible en: http://apps.ccb.org.co/consultasCAC/tarifas_arbitraje.aspx

Reiterando que no son comparables los procesos ante la *gratuidad* del proceso judicial y la *onerosidad* del arbitral, para fines de ilustrar el costo de acceder a la justicia, se advierte diferencia en su cuantía que bien puede afectar dicho acceso. Haciendo abstracción de tal diferencia, sustancial y conceptual, para fines de una evaluación económica de los flujos de fondos involucrados en uno y otro caso, se hace una comparación de tales costos, sin que esto tenga la pretensión de ser análisis económico del derecho, que no lo es, ni es el objeto del estudio ni menos aún tiene la entidad para tal fin.

La evaluación económica propuesta para la comparación, exige establecer cifras monetarias y se tiene en cuenta los plazos o términos establecidos procesalmente y el monto de los desembolsos; previamente es de señalar que el costo incurrido en uno y otro caso se pagan en diferentes momentos; resulta pertinente evaluarlos desde el punto de vista económico que los pueda hacer comparables, para lo cual se acude al valor presente⁴⁰⁷ neto,⁴⁰⁸ que compara flujos de fondos y trae su valor al presente aplicando una tasa de descuento.

Para los fines de la comparación se toman en cuenta los términos legales de cada etapa procesal, considerando el trámite básico, esto es, no considera recursos o incidentes, o reformas de demanda ni impedimentos y recusaciones. Es decir, lo básico de un proceso bien ordinario, bien arbitral. Esto es muy relevante para la evaluación de la comparabilidad citada, de manera que se haga comprensible su comparabilidad, dentro de los términos o plazos tal como están regulados.

Conforme la regulación de honorarios profesionales de apoderamiento y la forma de pago, en la justicia ordinaria el pago se hace, por regla general, 50% al otorgamiento del poder, 20% al finalizar el debate probatorio y el 30% al terminar el proceso en primera instancia.⁴⁰⁹

Para establecer el tiempo para el pago de los honorarios, es necesario considerar las etapas procesales, para los fines de los pagos. Es así que las pruebas son decretadas en la

⁴⁰⁷ Valor Presente (P): Corresponde al valor del momento actual o momento de inicio de análisis de una inversión. [o de una serie de pagos]. Disponible en:

http://www.fce.unal.edu.co/media/files/UAMF/Matematicas_financieras_compilado.pdf

⁴⁰⁸ En el presente análisis se usa el *valor presente*, dado que sólo existe flujos de salidas de dinero; el concepto de *valor presente neto* es el género que compara flujos de ingresos y desembolsos calculados al valor presente. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/inno/v14n24/v14n24a10.pdf>

⁴⁰⁹ CE. Sección Tercera, Sentencia 25000232600020030154801 (34562), Ago. 1/16 C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt

audiencia inicial⁴¹⁰ y en esta audiencia fijará hora y fecha para la audiencia de instrucción y juzgamiento para en ella practicar las pruebas; se practican las pruebas en la audiencia de instrucción y juzgamiento,⁴¹¹ y dictará sentencia y si no fuere posible emitirá la decisión en diez (10) días, conforme las condiciones y requisitos allí señalados. De lo anterior, se estima que el debate probatorio tendría un plazo máximo de once (11) meses y la sentencia se dictará al cabo de los 12 meses.

Para el caso de la justicia arbitral, se estima un tiempo de 60 días [hábiles] para el pago de los honorarios, es decir, un lapso aproximado de 3 meses, en promedio, sobre la base de los términos contemplados para la iniciación del proceso arbitral, a partir de la presentación de la demanda,⁴¹² con la integración del mismo,⁴¹³ -5 días para la posesión o designación de los árbitros-, instalación del tribunal,⁴¹⁴ el traslado de la demanda,⁴¹⁵ -20 días al demandado y luego 5 días al demandante-, la audiencia de conciliación,⁴¹⁶ el plazo para consignarlos⁴¹⁷ -10 días luego de la regulación en firme- y luego la audiencia de pruebas.⁴¹⁸

El reglamento de la Cámara de Comercio prevé la forma de pago a los árbitros en el numeral 8.3 *Causación proporcional y progresiva*,⁴¹⁹ señalando que se causan y pagan los honorarios en alícuotas del 25%; la primera cuando el tribunal declare su competencia, la segunda cuando se cumpla la etapa probatoria, la tercera a la presentación de los alegatos de conclusión y el saldo a la terminación del proceso o por la ejecutoria del laudo.

El término de duración de los procesos, según las normas, es de un año para primera o única instancia en la justicia ordinaria⁴²⁰ y de 6 meses para el arbitral,⁴²¹ que son los tiempos máximos legales a tener en cuenta para estimar los descuentos de los flujos según la forma de pago de los honorarios, en uno y otro caso.

⁴¹⁰ Artículo 372 C.G.P.

⁴¹¹ Artículo 373 C.G.P.

⁴¹² Artículo 12 de la ley arbitral.

⁴¹³ Artículo 14 de la ley arbitral.

⁴¹⁴ Artículo 20 de la ley arbitral.

⁴¹⁵ Artículo 21 de la ley arbitral.

⁴¹⁶ Artículo 24 de la ley arbitral.

⁴¹⁷ Artículo 27 de la ley arbitral.

⁴¹⁸ Artículo 31 de la ley arbitral.

⁴¹⁹ Disponible en:

www.ccb.org./Reglamento%20General%20Centro%20de%20Arbitraje%20ajustes%20art%C3%ADculo%208.19%20y%20siguientes.pdf

⁴²⁰ Art. 121 C.G.P.

⁴²¹ Art. 10 de la ley arbitral.

Con base en lo expuesto, se pasa a establecer el cálculo del valor presente neto de los flujos de pagos de los costos de acceso a la justicia ordinaria y a la arbitral.

Tabla 6 Evaluación económica a través del Valor Presente Neto -V.P.N.^{422 423} - del costo incurrido en el proceso ordinario estatal⁴²⁴

Flujo de pago de honorarios por apoderamiento - Cálculo del Valor Presente Neto (VPN)				
Proceso ordinario		11 meses		12 meses
		Fin de la etapa probatoria		Sentencia
	Presentación de la demanda			
	1era cuota	2da. Cuota	3era. Cuota	
	50%	20%	30%	
Pago honorarios por \$1.562.484	\$781.242	\$312.497	\$468.745	
VPN =	\$1.532.250			

VPN con tasa de descuento, IPC 2017, 4,09%. Fuente: DANE

Tabla 7 Evaluación económica a través del Valor Presente Neto -V.P.N.^{425 426} - del costo incurrido en el proceso arbitral⁴²⁷

Flujo de pago de honorarios por apoderamiento y arbitrales - Cálculo del Valor Presente Neto (VPN)						
Proceso arbitral	4 meses		5 meses		6 meses	
	Presentación de la demanda	Audiencia de conciliación	Audiencia de pruebas	Laudo		
Pago honorarios apoderamiento	1era cuota 50%		2da. Cuota 20%	3era. Cuota 30%		
\$15.624.840	\$7.812.420		\$3.124.968	\$4.687.452		
VPN honorarios apoderamiento (A) =	\$15.477.400					
		Pago de honorarios arbitrales por				
VPN honorarios arbitrales (B) =	\$4.768.975	\$4.834.326				
VPN total (A + B) =	\$20.246.376					

⁴²² Flujos de fondos descontados con IPC de 2017; los pagos a efectuar en los meses 11 y 12, se descuentan a valor presente en esos mismos plazos.

⁴²³ <http://www.dane.gov.co/index.php/52-espanol/noticias/noticias/4440-indice-de-precios-al-consumidor-ipc-2017>

⁴²⁴ Cálculos del autor.

⁴²⁵ Flujos de fondos descontados con IPC de 2017; los pagos a efectuar en los meses 4, 5 y 6, se descuentan a valor presente en esos mismos plazos.

⁴²⁶ <http://www.dane.gov.co/index.php/52-espanol/noticias/noticias/4440-indice-de-precios-al-consumidor-ipc-2017>

⁴²⁷ Cálculos del autor.

Por tanto, se evidencia que descontados los flujos de pagos de las necesarias erogaciones para acudir a una u otra jurisdicción, es más favorable en la justicia ordinaria. Como se anota, el descuento de los flujos de pago se hizo sobre la base de la tasa de inflación o IPC para 2017 del 4,09%.

En conclusión, el costo de los honorarios de apoderamiento judicial en ambas jurisdicciones y de honorarios arbitrales requeridos para el acceso a la justicia estatal y a la arbitral, es menos oneroso en la ordinaria que en la arbitral. En efecto, el valor presente neto o flujo descontado por IPC de 2017, arroja un monto de \$1.532.250 para el proceso ordinario frente al mayor costo por \$20.246.376 de la arbitral, que se explica tanto por la mayor tarifa para el apoderamiento arbitral como en los honorarios arbitrales en sí.

Ante tal desigual relación en el costo de acceso a la justicia, la alternativa para quienes no tengan los recursos para acudir a ella y los acrediten, está en la opción legal de solicitar el *amparo de pobreza* que sobre lo expuesto la justicia estatal es más garantista pues existe gratuidad plena al conceder dicho amparo,^{428 429} y tampoco causa costo cuando proceda nombrarles *curador ad litem*.^{430 431 432 433} Es de señalar que en el arbitraje cuando se concede el *amparo de pobreza* los apoderados se nombran de la lista de árbitros, caso en el cual no asume como tal sino en su condición de apoderado del amparado.⁴³⁴

⁴²⁸ El ejercicio del cargo recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión y **desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio**; el numeral 7 del artículo 48 C.G.P.

⁴²⁹ Colombia – Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 2014 se declaró exequible la norma anterior que ordena el desempeño del cargo para los abogados en forma gratuita como defensor de oficio con base en que el principal valor de *curador ad litem* es asegurar el derecho a la defensa de la persona que representa por su ausencia o su pobreza; para materializar la justicia pues en una sociedad libre y democrática no acepta la legitimidad ni la validez de procesos judiciales donde se condene a una persona sin el respeto a un debido proceso y al legítimo derecho a la defensa; por cuanto el objetivo de la norma es garantizar el imperio de la justicia para la sociedad en general; el medio es adecuado pues con el se alcanza el fin propuesto, pues sin los abogados no es posible llevar a cabo el proceso en todas sus etapas; es necesario para asegurar el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la justicia; es una medida razonable por cuanto busca un fin legítimo, y la distinción de trato entre los *curadores ad litem* frente al resto de los auxiliares de la justicia no es irracional, absurda o caprichosa pues se ajusta a la Constitución y además, imponer la carga a todos los abogados es un medio idóneo para asegurar el acceso a la justicia y los demás derechos procesales involucrados; es un desarrollo del deber de solidaridad que resalta la labor social de los abogados y la demanda de solidaridad con los demás, dentro de una filosofía solidaria, y, materializa los ámbitos del principio de solidaridad, estos son, una pauta de comportamiento de los individuos en ciertas situaciones, un criterio de interpretación de las acciones u omisiones de los particulares frente a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales y **un límite a los derechos propios**.

⁴³⁰ Para las personas emplazadas que no comparezcan, art. 108 C.G.P.

⁴³¹ para los menores e incapaces en el proceso de sucesión si no comparece su representante legal, art. 490 lb. par.3.

⁴³² Para los ausentes, art. 583 lb.

⁴³³ Por expresa disposición legal no aplica esta figura para el proceso monitorio, art. 421 lb. par.

⁴³⁴ Artículo 13. *Amparo de pobreza*. **Si hubiere lugar a la designación del apoderado, esta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de arbitraje, salvo que el interesado lo designe.**

El *amparo de pobreza* en el proceso arbitral⁴³⁵ conforme la ley, se concederá total o parcialmente, en los términos del Código de Procedimiento Civil [Código General del Proceso]; estipula que *sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas*, el amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar; esto implica que en el proceso arbitral el laudo decidirá sobre *costas*.

Tal situación en el arbitraje contrasta negativamente con el proceso ordinario que expresamente establece que concedido el amparo⁴³⁶ el beneficiario no estará obligado a prestar cauciones procesales, ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de actuación y **no será condenado en costas**.

La diferencia en costas en ambos procesos, se diluye en materia del *arbitraje social*⁴³⁷ y es plausible considerar que, en tal sentido, se equiparan los dos tipos de procesos, considerando que allí las partes no requieren de apoderado, se llevarán por un solo árbitro y el centro de arbitraje cumplirá las funciones secretariales; no obstante, por sí mismo es insuficiente para resolver los conflictos,⁴³⁸ ya que está orientado para resolver asuntos litigiosos hasta de 40 SMLMV y mucho más cuando los centros de arbitraje sólo están obligados a ofrecer al menos el 5% de los casos resueltos en materia arbitral.

Finalmente, en relación con el costo del proceso arbitral en general, existen otros costos, si bien no a cargo de las partes; en efecto, la ley 1743 de 2014 estableció una *contribución especial arbitral* a cargo de los centros de arbitraje y de los árbitros con destino a la Nación – Rama Judicial,⁴³⁹ señalando como *sujeto activo* al Consejo Superior de la Judicatura,⁴⁴⁰ como *sujetos pasivos* los centros de arbitraje y los árbitros,⁴⁴¹ y como *hecho generador* los gastos fijados en cada proceso; para los árbitros cuando se profiera el laudo que ponga fin al proceso,⁴⁴² la base gravable será el monto recibido por gastos de

⁴³⁵ Artículo 13 de la ley arbitral

⁴³⁶ Artículo 154 C.G.P.

⁴³⁷ Artículo 117 de la ley arbitral.

⁴³⁸ Este por sí mismo es insuficiente para la resolución de los conflictos y es insuficiente para siquiera pensar como un mecanismo que pudiese contribuir a la *igualdad de las partes*.

⁴³⁹ Ley 1743 de 2014. El art. 16 señala, además, que en los caos de tribunales arbitrales *ad hoc* la contribución estará a cargo de los árbitros.

⁴⁴⁰ Art. 17 Ib. El sujeto activo es el Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia.

⁴⁴¹ Art. 18 Ib.

⁴⁴² Art. 19 Ib.

funcionamiento del tribunal arbitral respectivo y de los honorarios efectivamente recibidos,⁴⁴³ la *taifa* es del dos por ciento (2%) en todos los casos,⁴⁴⁴ y deberá liquidarse y pagarse dentro de los tres (3) días siguientes.⁴⁴⁵

Esta contribución fue objeto de modificación mediante la Ley 1819 de 2016⁴⁴⁶ – conocida como *reforma tributaria*– incluyendo, entre otros, como *sujetos pasivos* a los secretarios,⁴⁴⁷ el *hecho generador*,⁴⁴⁸ y la *base gravable*,⁴⁴⁹ para los mismos.

Del análisis se tiene que el costo del apoderamiento tanto en la justicia estatal como en la arbitral –en esta más oneroso–, limita el acceso a la justicia para aquellos consumidores que carezcan de los medios para sufragarlos, quedándoles la opción en la vía judicial de solicitar el amparo de pobreza que podrá ser o no concedido; en materia arbitral la materialización de la justicia se podría dar a través del arbitraje social que no genera costo para su acceso, condicionado a las costas que liquide el tribunal arbitral y a las jornadas que realicen los centros de arbitraje en la exigua proporción que estableció la ley.

• Conclusión:

Se concluye que la configuración del pacto arbitral ficto o presunto en una relación jurídica asimétrica que afecta a la parte débil.

Ante la ausencia de la libertad de optar, ante la limitación de la autonomía material se justifica y se hace necesaria la intervención en lo jurídico, de manera que la interpretación del derecho sea *pro consumatore*.

La intervención en el pacto arbitral en el derecho de consumo, debe materializarse en la declaratoria judicial o arbitral de cláusula abusiva enfrente de contratos de consumo en el caso que se limiten derechos fundamentales o haga imposible su realización; en todo caso debe darse aplicación del principio de favorabilidad del estatuto del consumidor (art.

⁴⁴³ Art. 20 lb. También dispone que para los tribunales arbitrales ad hoc la base gravable estará compuesta por el monto recaudado por concepto de gastos de funcionamiento y honorarios percibidos.

⁴⁴⁴ Art. 21 lb.

⁴⁴⁵ Art. 22 lb.

⁴⁴⁶ Art. 362 que modificó los artículos 17, 18, 19, 20 y 22 de la Ley 1743 de 2014.

⁴⁴⁷ Art. 18 de la Ley 1743 de 2014.

⁴⁴⁸ Art. 19.

⁴⁴⁹ Art. 20.

4 y 37), sin perjuicio de la protección contractual (Título VII) y de la prohibición de cláusulas abusivas (art. 42).

Se concluye que la *igualdad formal* ante la ley ha de aplicarse en el pacto arbitral ficto o presunto no solo como igualdad formal sino como igualdad material ante la presencia de una relación jurídica asimétrica, sin que existan inmunidades ni privilegios sino la garantía de la paridad sin perjuicio de un trato diferente si está razonablemente justificado, siendo no solo factible sino necesaria en el caso planteado, aunado al hecho que el contrato de consumo se realiza bajo la modalidad del contrato de adhesión con cláusulas predispuestas por el oferente.

Ante la diferencia en el costo del acceso a la justicia en el proceso estatal y arbitral, que se mitiga con el amparo de pobreza a sabiendas que en la justicia arbitral ha de estarse a lo que decida el laudo sobre costas, tal diferencia se diluye cuando en lo arbitral se acceda al arbitraje social, pero este es insuficiente pues se limita a asuntos litigiosos de hasta 40 SMLMV pero sobre todo en que los centros de arbitraje deben ofrecer al menos el 5% de los casos resueltos en materia arbitral.

En relación con las garantías procesales, la justicia ordinaria dispone de algunas garantías procesales tales como la doble instancia para los procesos de menor y mayor cuantía que se torna relevante, como mecanismo efectivo de control judicial tanto por *error in iudicando* como por *error in procedendo*.

Finalmente, la interpretación judicial ha de evaluar si en algunos casos se configuran las cláusulas abusivas, al restringirse la plena autodeterminación del adherente y en su lugar una heterodeterminación unilateral del predisponente, en un contrato que juridiza un hecho social y un hecho económico que contiene la contradicción de intereses entre las partes. Eso implica la aplicación de la previsión legal del principio de favorabilidad.

4. Conclusiones

Dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, *equivalentes jurisdiccionales* según Canelutti, el arbitraje como uno de los medios heterocompositivos tiene de su esencia su pacto libre, autónomo y previo al litigio (cláusula compromisoria) o posterior (compromiso) entre las partes, con libre concurrencia y libre discusión en una relación jurídica simétrica, la cual no se da de manera expresa en el *pacto arbitral ficto o presunto* pues a través del *pacto tácito* se forma si una parte lo invoca y la otra no la niega expresamente, de manera que el silencio o la inacción le otorgan validez; tal disposición normativa es una novedad frente a lo anteriormente regulado sobre el tema en el estatuto del consumidor que prohibía expresamente la imposición de cláusula de arbitraje al consumidor que fue derogada por la nueva ley de arbitraje; si bien está orientado como alternativa a la justicia estatal, la forma como se adopta limita la autonomía de la voluntad como institución jurídica que se sustenta en el principio político de la libertad.

Como manifestación y declaración de voluntad, el silencio o la inacción hacen relación con el *pacto tácito* que se expresa en nuestro derecho en la Teoría de los Actos Propios, el *Stoppel* del derecho anglosajón, la *Verwinkung* del derecho alemán y el arbitraje internacional, en la que subyace una relación jurídica simétrica para proteger a quien ha confiado en la apariencia creada por la actitud pasiva de la contraparte, esto es, proteger la confianza legítima; y es que en el caso del Derecho del Consumidor el silencio o la inacción dan lugar al *pacto arbitral ficto o presunto* lo que *per se* implica su protección al ser una relación jurídica asimétrica y formarse a través del contrato de consumo con cláusulas predispuestas por el oferente sin opción de discusión por el consumidor. De esa manera se configura la voluntad por sobre la declaración, que es la

que está considerada en nuestra legislación, contrario a la manifestación de la voluntad; ambas constituyen la forma de los *actos jurídicos* por medio de las *formas libres* y las *formas impuestas* o *legales*; aquellas con base en el principio de la libertad de las formas en ejercicio de la autonomía privada, pese a que la ley establece requisitos para probar su existencia –*ad probationem*– (*actos no solemnes*) y las formas impuestas donde la ley establece las formas para otorgar ciertos actos jurídicos –*ad solemnitatem*– (*actos solemnes*), de suerte que el *pacto arbitral ficto o presunto* no se configura por medio de las *formas libres* al estar limitada la autonomía para acordarlo.

Y es que en el pacto arbitral ficto o presunto se dejan de lado los elementos fundantes del arbitraje; principios tales como el de la *habilitación arbitral* o *voluntariedad* que permite a los árbitros decidir el litigio cuando las partes han optado por la cláusula compromisoria o el compromiso, en aplicación real y efectiva del pleno ejercicio de su libertad contractual y sobre la base de la garantía constitucional que contempla el arbitraje previa la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre. Además, como fue introducido en el trámite legislativo el objetivo de la ley era la eficiencia de la administración de justicia, pero en sentido de promover la inversión nacional y extranjera y coadyuvando a la seguridad jurídica de los inversionistas.

Tal enfoque refuerza que la interpretación ha de ser en garantía de la parte débil de la relación jurídica asimétrica y corrobora la necesaria intervención estatal en el derecho del consumidor en concreto, al ser el contrato una lucha en la que sucumbe el más débil, para impedir que la igualdad sea una bella utopía y convierta la autonomía de la voluntad en el triunfo de la explotación del hombre por el hombre. ¿Acaso *Homo homini lupus*? (Hobbes).

Se sustenta entonces la legitimidad del *consumerismo* como movimiento social para la protección de los intereses económico-sociales de la parte débil de la relación. A fin de preservar los principios de libertad e igualdad, los ordenamientos jurídicos optaron por no desconocer la fuerza vinculante de una voluntad condicionada sino por mitigar los

aspectos perjudiciales, saliendo en protección de la parte débil de la relación jurídica asimétrica, regulando lo atinente a cláusulas abusivas entre otros, la nulidad o eficacia del contrato si se estuviere en presencia de condiciones unilaterales, que elimina la plena autodeterminación del adherente y en su lugar establece la heterodeterminación unilateral del predisponente, en un contrato que juridiza un hecho social y un hecho económico que contiene la contradicción de intereses entre las partes. Eso implica la aplicación de la previsión legal del principio de favorabilidad, la interpretación pro consumidor y la aplicación de la figura del abuso del derecho; es así que el *abuso del derecho* como lo contempla nuestra legislación al regular las obligaciones condicionales y modales, establece su *nulidad*; así regula: *Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.* (art 1525 C.C.).

La afectación de la autonomía de la voluntad se evalúo en la *relación jurídica* que se da en el contrato de consumo regulado como *relación de consumo* que se configura a través del *contrato por adhesión* con cláusulas predispuestas por el oferente, sin que exista oportunidad de discusión o acuerdo, de manera que en la práctica el consumidor final es la parte débil de la *relación jurídica asimétrica*, requiriéndose su protección contra *cláusulas abusivas* como lo contempla el estatuto del consumidor y en tal dirección, además de las *normas tuitivas* se hace imperativo que la interpretación judicial del pacto arbitral ficto o presunto se torne *pro consumidor* en el derecho del consumidor, sobre la base de aplicación de los postulados del *garantismo* y considerando los planteamientos de la *justicia distributiva* de manera que se hagan realidad los principios constitucionales de acceso a la justicia, pronta y debida, de igualdad *real* ante la ley y de evitar el *abuso del derecho* como garantía constitucional de los derechos fundamentales.

El pacto arbitral en su reglamentación al ser dispuesto como cláusula de opción en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918, en todo contrato y en particular en el de adhesión o contenido predispuesto, hace forzoso que la interpretación *pro consumidor* ha de extenderse a aquellos casos, pese a que la estipulación debe ser clara, precisa e informarse explícitamente al celebrarse el contrato, pues como se anotó, el consumidor es sujeto débil de la relación jurídica asimétrica. Tal opción está sujeta a un plazo o a una

condición so pena de ineficacia *ipso jure* y debe aceptarse al instante de celebrar el contrato y en ningún caso ser impuesta ni se presume, por lo que tal disposición normativa debe ser base *sine qua non* en la interpretación *pro consumidor*.

Para la aplicación en concreto, de la evaluación de las garantías procesales *doble instancia*, *celeridad* y *gratuidad* en el proceso estatal y en el proceso arbitral, se estableció que es más garantista el proceso ordinario o estatal al contemplar la doble instancia en aplicación del principio de *pluralidad de jueces*, asunto que no contempla el proceso arbitral y sin que el recurso extraordinario de revisión contra el laudo sea suficiente, pues su alcance es para la revisión de asuntos *por error in procedendo* a diferencia que en la justicia estatal el control judicial lo es también por *error in iudicando* lo que claramente implica una mayor garantía.

El proceso arbitral es más *célere* por cuanto la ley dispone un plazo de seis (6) meses para la duración del proceso que podrá prorrogarse por seis (6) meses, frente al año que señala la ley para la duración de la primera instancia, más seis (6) meses de la segunda instancia, prorrogables por seis (6) meses, conforme los plazos generales es decir sin considerar las eventuales suspensiones en uno u otro caso.

En materia de gratuidad existe similitud en ambos procesos al contemplar el *amparo de pobreza*, pero no así tratándose del costo por honorarios para la defensa técnica. En efecto, el costo por honorarios es menor en la justicia ordinaria que en la arbitral, para procesos de hasta 40 SMLMV; medidos los flujos de fondos a través del valor presente neto (V.P.N.), con una tasa de descuento equivalente a la inflación de 2017, el costo del proceso ordinario es de \$1.532.250 mientras que para el proceso arbitral es de \$20.246.376 en el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

No obstante, la anterior conclusión, es de señalar que el proceso arbitral contempla la gratuidad bajo la figura del *arbitraje social* para procesos de hasta 40 SMLMV limitando los casos a atender al menos al cinco por ciento (5%) de los resueltos en materia

arbitral por los centros de arbitraje y en tales casos es claro el beneficio de la gratuidad arbitral.

En tal razón, la CIDH ha desarrollado criterios a aplicar para determinar la procedencia de la asistencia legal gratuita en el caso de la protección de los derechos sociales, económicos y culturales DESC, que podrían ser criterios fundantes de las decisiones judiciales tales como: la disponibilidad de recursos económicos de la persona afectada, la complejidad del litigio y la importancia de los derechos afectados; el costo excesivo vulnera el artículo 8 de la Convención Americana.

Finalmente, la propuesta de la *interpretación pro consumidor* es viable por la garantía de los derechos de los consumidores, tanto constitucionales como legales, y jurisprudenciales y con base en la teoría del garantismo y de la justicia distributiva.

En cuanto a la interpretación conforme los postulados del garantismo debe considerarse la garantía de la protección de los derechos del individuo que se configura a través del sistema de garantías, por ejemplo las garantías de la ley del consumidor y de ser preciso señalando límites a la contraparte en procura de la efectividad de los derechos patrimoniales o fundamentales; en lo que respecta a la justicia distributiva debe hacerse teniendo en cuenta que esta hace relación con el ser y el hacer, con la producción como con el consumo, y siendo que la sociedad humana es una comunidad distributiva a través del mercado, por lo cual debe sustentarse en los principios de justicia e igualdad de manera que si existe alguna desigualdad se justifique solo en la medida que favorezca a los menos aventajados.

La interpretación habrá de fundarse en verificar el equilibrio del contrato y si es proporcionado y en caso tal restablecer el equilibrio, sobre la base que no puede admitirse el abuso del derecho a través de cláusulas que incluso puedan configurar abusividad. En caso tal habrá de estarse a lo expuesto en nuestro derecho civil sobre la interpretación subjetiva de forma que se dé prevalencia a la intención, los términos generales, la interpretación lógica, la naturaleza del contrato, la interpretación sistemática y la

interpretación a favor del deudor. La interpretación judicial a través de la decisión del juez pueda declarar la nulidad o morigerar sus efectos, conforme se avenga mejor a las particularidades del contrato de adhesión del consumidor. Tales aspectos sustanciales deben garantizarse en el proceso a través de las acciones de protección al consumidor.

Bibliografía

ABASCAL Rojas, Francisco en Marketing social y ética empresarial. Disponible en:
<https://books.google.com.co/books?id=i10KPGglEjoC&pg=PA117&dq=que+es+el+consumerismo&hl=es&sa=X&ved=0CCAQ6AEwAWoVChMIrfj5zOiXyAIVStgeCh3w8QHk#v=onepage&q=que%20es%20el%20consumerismo&f=false>

ALCALÁ-Zamora Niceto. Estudios de Teoría e Historia del Proceso. Vol. 3. Editorial Jurídica Universitaria S.A., México 2001

ALESSANDRI, Rodríguez Arturo – De los Contratos, Editorial Temis Editorial Jurídica de Chile, 1988

ALSINA, Hugo. Fundamentos de Derecho Procesal. Vol 4. Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso. Editorial Jurídica Universitaria. México 2001.

ALTERINI, Atilio Anibal. Contratos Civiles-Comerciales-de consumo. Teoría General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998

ARRUBLA, Paucar Jaime Alberto. La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano. En Perspectivas del Derecho de Consumo. VALDERRAMA, Rojas Carmen Ligia et. Al, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013

BEJARANO, Guzmán Ramiro. Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2013 Reimpresión de la quinta edición

BENITEZ, Caorci Juan J. La interpretación en los contratos con cláusulas predisuestas. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002

BENNETI, Salgar Julio, El arbitraje en el derecho Colombiano. Bogotá D.C., 2001, Editorial Temis

BONIVENTO, Fernández José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II. Ediciones Librería del Profesional Ltda. Bogotá, Novena Edición, 2017

BONIVENTO Fernández José Alejandro y LAFONT Pianetta Pedro R., Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea, directores editores, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014, Tomo I. Contiene a OVIEDO, Albán Jorge. La protección del comprador por vicios redhibitorios en el Código de Comercio colombiano

BORDA, Alejandro. La Teoría de los Actos Propios y el silencio como expresión de la voluntad. En Contratación Contemporánea – Teoría General y Principios. ALTERINI, Atilio Anibal, et. al. Palestra Editores Lima-Perú, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 2000

CAIVANO, Roque J. La cláusula arbitral Evolución histórica y comparada. Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad del Rosario, Bogotá D.C. 2008

CALAMANDREI, Piero citado por Flórez Gacharná Jorge (ver)

CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Impresora Fresno Castillo, México 1995. Colección Clásicos del Derecho

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducción de la Quinta Edición Italiana por Sentis, Melendo Santiago. Ediciones Jurídicas Europa-América S.A., Buenos Aires, 1973

CASTELLANOS, García Daniel. ¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva. U. Externado de Colombia, 2012.

CAYCEDO, Espinel Carlos Germán. Principios e instituciones del Derecho de Protección del Consumidor en Colombia. En Perspectivas del Derecho de Consumo. Valderrama rojas Carmen Ligia, directora. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2013

CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law/digests/cisg.html

Consejo Superior de la Judicatura esbozó un plan sectorial 2015-2018. Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/5113559/Plan_Sectorial_de_Desarrollo_Rama_Judicial_2015-2018+%283%29.pdf/a7b785e1-fb02-4ff6-905b-c16ac93df312

Convención Americana sobre Derechos Humanos del "Pacto de San José de Costa Rica"

COURTIS, Christian. Metodología de la Investigación Jurídica, en Ecos cercanos, Estudios sobre derechos humanos y justicia. Siglo del Hombre Editores. Bogotá D.C. 2009

CORREA, Palacio Luz Stella, Presentación, en Estatuto Arbitral Colombiano, Comisión Colombiana de Arbitraje. Legis, Bogotá 2013

DA SILVEIRA, Pablo. Johns Rawls y la justicia distributiva. Ed. Campo de Ideas, Madrid, 2003, pág. 27.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Convención Francesa de 1789

Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948

DEVIS, Echandía Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I, sexta edición, Editorial Temis 2012

FARINA, Juan M. Defensa del Consumidor y del Usuario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Ciudad de Buenos Aires 2004

FERRAJOLI, Luigi – Derecho y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2004

FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Editorial Trotta S.A. 2010

FLÓREZ, Gacharná Jorge - Introducción al nuevo derecho procesal. Derecho procesal civil y comercial Director Omar A Benebentos, editorial Juris 2000 Rosario Pcia de Santa Fe Argentina Proceso y Democracia 1965, Cappelletti Vol. I Murano, Napoli, según anota este en Proceso, Ideologías Disponible en:

<http://books.google.com.co/books?id=toj9bGruUU4C&pg=PA125&dq=garantias+procesales+and+colombia&hl=es-419&sa=X&ei=b3hUUD3xJJTM9ASuhICwCw&ved=0CC8Q6AEwAA#v=onepage&q=garantias%20procesales%20and%20colombia&f=false>

GALANTER, Marc. Por qué los “poseedores” salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. En: Sociología Jurídica – Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos, Mauricio García Villegas, editor. Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, Primera Edición 2001.

GARIBOTTO, Juan Carlos. Teoría General del Acto Jurídico. Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1991

GARCÍA, Canclini (1955:42) citado por HIERNAUX, Daniel. Tratado de Geografía Humana. Disponible en:

<http://books.google.com.co/books?id=iKQx8TGmOUUC&pg=PA323&dq=consumo+y+procesos+socioculturales&hl=es&sa=X&ei=HgBEVMfuGsPIgwSGsoGQAw&ved=0CD8Q6AEwBw#v=onepage&q=consumo%20y%20procesos%20socioculturales&f=false>

GARCÍA, Villegas Mauricio, Sociología Jurídica – Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos, editor Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho y

Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, Primera Edición 2001. Contiene a: GALANTER, Marc. Por qué los “poseedores” salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico

GHERSI, Carlos Alberto, Cuantificación Económica – Contratos de Consumo, Ed. Astrea, Buenos Aires 2005

GIL Echeverry Jorge Hernán. Régimen Arbitral Colombiano. Ley 1563 de 2012. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2013

GONZÁLEZ de Cossío, Francisco. La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo. Disponible en:

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/FORMA%20ACUERDO%20ARBITRAL.pdf>

HERMIDA, Roberto Carlos. El alcance de las Cláusulas de Nación más Favorecida en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: vexata quæstio o “una tierra de nadie ferozmente disputada en el Derecho internacional” Disponible en:

<http://www.kluwerarbitration.com.ezproxyegre.uniandes.edu.co:8888/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-1438107-n#footnote-ref-a0094>

HERRERA, Osorio Fredy Andrei. Revista Principia IURIS N°17, enero-julio 2012. Universidad de Santo Tomás-Seccional Tunja

HERRERA, Osorio Fredy Andrei. Conferencia: Autonomía de la Voluntad: Libertad, Poder o Aporía, en 1er Congreso de Constitucionalización del Derecho Privado. Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Grupo de Investigación GIADESC. 27 y 28 de septiembre de 2017

HIERNAUX, Daniel. Tratado de Geografía Humana, pág. 323. Disponible en:

<http://books.google.com.co/books?id=iKQx8TGmOUUC&pg=PA323&dq=consumo+y+procesos+socioculturales&hl=es&sa=X&ei=HgBEVMfuGsPIgwSGsoGQAw&ved=0CD8Q6AEwBw#v=onepage&q=consumo%20y%20procesos%20socioculturales&f=false>

KIRZNER, Israel M. Creatividad, Capitalismo y Justicia Distributiva. Unión Editorial S.A. 1995.

LÓPEZ, Blanco Hernán Fabio., XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal 2012. Universidad Libre, Bogotá. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Glosas a ciertas normas del arbitraje nacional

LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociales – Lineamientos para una teoría general. Antrophos Editorial, 1998. Coedición et. al

MANTILLA, Serrano Fernando. Los principios de autonomía y competencia-competencia en el nuevo Estatuto Arbitral Colombiano, pág. 398. En Estatuto Arbitral Colombiano,

Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Comisión Colombiana de Arbitraje. Legis, Bogotá 2013

MANTILLA, Fernando. En Revista Internacional de Arbitraje N°17, Jul-Dic de 2012, págs.. 33-65. Bogotá D.C. Legis.

MEJÍA, Quintana Oscar. Elementos para una hermenéutica crítica: una aproximación al problema del método en las ciencias sociales y el derecho. Revista Pensamiento Jurídico N°39, enero-junio, Bogotá, 2014, pág. 15-53. Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/42822/1/45229-218681-2-PB.pdf>

MEJÍA, Quintana Oscar. La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia social. Universidad Nacional de Colombia. 2001.

MEJÍA, Quintana Oscar. La norma básica fundamental. Derecho y democracia en Habermas. Universidad Autónoma de Occidente. 2011.

MEJÍA, Quintana Oscar. Legitimidad, Validez y Eficacia. Prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. Bogotá, Editorial Temis S.A. 2013

MORALES, Molina Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, octava edición. Editorial ABC Bogotá 1983

MÜNCH, Ingo Von y Ferrer i Riba, Josep - Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada- Editorial Civitas, S.A. 1997

NIETO, Alcalá-Zamora y Castillo, Proceso Autocomposición y Autodefensa, UNAM, México, 1970, pág. 18 y Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso, Proceso, autocomposición y Autodefensa, Vol.2 Editorial Jurídica Universitaria S.A., México

Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2007. Disponible en: www.es.cr.net.org/es/derechos.

OSPINA, Fernández Guillermo, et. al. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 1998

OSSORIO, Angel. El Contrato de Opción. Imprenta López, Buenos Aires, 1939

OVIEDO, Albán Jorge. La protección del comprador por vicios redhibitorios en el Código de Comercio colombiano, en: Jurista y Maestro. Arturo Valencia Zea, BONIVENTO

Fernández José Alejandro y LAFONT Pianetta Pedro R., directores editores, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014, Tomo I.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

PEREIRA, Gustavo. ¿Condenados a la desigualdad extrema? Un programa de justicia distributiva para conjurar un destino de *Morlocks* y *Eloi*. Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales “Viente Lombardo Toledano”, México D.F.. Primera edición 2007.

PÉREZ, Luño Antonio Enrique. Dimensiones de la igualdad. Disponible en:
https://books.google.com.co/books?id=0ZYMB9Syhu8C&pg=PA19&dq=igualdad+ante+la+ley&hl=es-419&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=igualdad%20ante%20la%20ley&f=false

RAWLS, John. La Justicia como Equidad, Una reformulación. Editorial Paidós. Barcelona 2002, pág.13 (prólogo del editor).

RENGIFO García Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2004

RINESSI, Antonio Juan. Relación de consumo y derechos del consumidor. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Ciudad de Buenos Aires, 2006

ROBLEDO, Del Castillo Pablo Felipe. El Estatuto de Arbitraje y el Código General del Proceso, en Estatuto Arbitral Colombiano, Comisión Colombiana de Arbitraje. Legis, Bogotá 2013

RODRÍGUEZ, Yong Camilo Andrés. Una aproximación a las cláusulas abusivas. Legis – Universidad del Rosario, Colección Precedentes. Bogotá, 2013

SILVA, Romero Eduardo. Reflexiones sobre el contrato de arbitraje. Citado por Roque J. Caivano, En la cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada. Cámara de Comercio y Universidad del Rosario, 2008

SILVA-RUIZ, Pedro F. Contratos de Adhesión, condiciones contractuales generales. En: Contratación Contemporánea, Contratación Electrónica y tutela del Consumidor. ALTERINI Atilio Aníbal, et. al. Palestra Editores Lima-Perú, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 2000.

STIGLITZ, Rubén S. y Gabriel A. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1985

STIGLITZ, Rubén S. Contrato de Consumo y cláusulas abusivas. En Vniversitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas N° 93 (dic. 1997), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá

SUESCÚN, Melo Jorge. Derecho Privado-Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Cámara de Comercio de Bogotá Tomo I. Bogotá d.c. 1996

TAFUR, Morales Francisco, La nueva jurisprudencia de la Corte. Bogotá, Edit. Óptima, 1938. Citado por RENGIFO García Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2004

VALENCIA, Zea Arturo et al. – Derecho Civil – Obligaciones, tomo III, Décima Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2010

VALLESPINOS, Carlos Gustavo. El contrato por adhesión a condiciones generales. Editorial Universidad, Buenos Aires 1984

VÉLEZ, Ochoa Ricardo. La autonomía del pacto arbitral y la declaración de competencia del tribunal de arbitraje. En Estatuto Arbitral Colombiano, Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Comisión Colombiana de Arbitraje. Legis, Bogotá 2013

WALZER, Michael Las esferas de la justicia – Una defensa del pluralismo y la igualdad. Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión 1997

Fuentes jurisprudenciales:

Colombia, Corte Constitucional

T-432 de 1992 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez

SU-067 de 1983. M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón

C-345 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero

C-417 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo,

T-230 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

T-450 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero

C-416 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell

C-153 DE 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell

C-179 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz

T-190 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

T-546 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell

C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

T-450 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

T-577 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano

C-672 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell

T-046 de 1999. M.P. Hernando Herrera Vergara

T-292 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

C-803 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

C-1141 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

C-1602 de 2000. M.P. Alvaro Tafúr Galvis

C-1641 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

C-049 de 2001. Eduardo Montealegre Lynnet

C-98 de 2001 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez

C-648 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

C-040 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

C-089 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

C-181 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

C-377 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

C-788 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

C-345 de 2003 M.P. Alejandro Martínez Caballero
C-900 de 2003 M.P. Jaime Araújo Rentería
T-558 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
T-1171 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra
C-569 de 2004 M. P. Rodrigo Uprimny Yepes
T-084 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra
C 103 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
C-731 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
T-030 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño
T-366 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
T-753 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería
C- 304 de 2010. Luis Ernesto Vargas Silva
C-543 de 2011. M.P. Humberto Porto Sierra
C-083 de 2014. M.P. Victoria Calle Correa
C-169 de 2014. M. P. María Victoria Calle Correa
C-170 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos
C-554 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
T-625 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa

Colombia: Corte Suprema de Justicia

14 de enero de 2005, exp. 7524. M.P. Edgardo Villamil Portilla
4 de noviembre de 2009, exp. 223424 M.P. Pedro Octavio Munar Cadena
27 de julio de 2015 exp. 424661 M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez

2016 AC 1991 2016-819 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

Colombia, Consejo de Estado

Sección Tercera, Sentencia 25000232600020030154801 (34562), 1 de agosto de 2016.
Disponible en: <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/65173434>, C.P. Danilo Rojas Betancourth

Fuentes normativas:

Colombia, Congreso de la República:

Código Civil - Colombia

Código de Procedimiento Civil - Colombia

Código General del Proceso - Colombia

Congreso de la República de Colombia. Gacetas del Congreso (formación de la Ley 1563 de 2012 y 1480 de 2011)

Ley 51 de 1918

Ley 45 de 1923

Ley 270 de 1996

Ley 446 de 1998

Ley 510 de 1999

Ley 1285 de 1999

Ley 1480 de 2011

Ley 1563 de 2012

Ley 1743 de 2014

Ley 1819 de 2016

Colombia, Presidencia de la República:

Decreto 1818 de 1998

Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015

Decreto 1829 de 2013

Decreto 2209 de 2017

Otros:

Colegio Nacional de Abogados, Conalbos. Tarifas 2016-2017.

Cámara de Comercio de Bogotá. Tarifas de arbitraje. Disponible en:
<http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Sobre-nosotros-CAC/Reglamento-general>